Google

This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse http://books.google.com

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et C°, rue Racine, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Ministère de l'intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.
Docteur en droit.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON
docteur en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français et étranger.

TOME XIX. — 11me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1861

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par feu M. DUMOLARD, avocat à la Cour impériale de Grenoble.

NANTISSEMENT DU DROIT DE BAIL.

(Arrêts de la Cour de Lyon, 1er décembre 1857; de la Cour de cassation, 13 avril 1859 de la Cour de Grenoble, 4 janvier 1860.)

Une grave question vient de se présenter pour la première fois devant les tribunaux : il s'agit de savoir de quelle manière doit s'effectuer le nantissement d'un droit de bail. Ce droit constitue, dans beaucoup de cas, une valeur importante; car il arrive souvent que, soit par suite d'un bon marché contracté par le preneur avec son bailleur, soit par suite d'une gestion intelligente, qui aurait fait prospérer l'établissement loué, soit par suite d'une infinité d'autres circonstances heureuses, la valeur de la jouissance à tirer de la chose louée dépasse plus ou moins le prix de la location. Il peut arriver encore que le bail ait été concédé pour un prix évidemment inférieur à la valeur locative, à titre de libéralité, ou en échange de certains autres avantages que le preneur aurait procurés au bailleur, comme cela a eu lieu dans l'espèce où s'est élevée notre question. Ainsi il n'est pas rare de voir vendre ou mettre en adjudication des droits de cette nature.

Nous ne nous arrêterons pas à discuter la question de savoir si le bail est un droit personnel ou un droit réel. Malgré le dissentiment de M. Troplong, nous croyons fermement que ce droit, tel qu'il a été organisé par le Code Napoléon, n'a pas

cessé d'être un droit personnel. Il consiste toujours essentiellement dans l'obligation que contracte le bailleur de faire jouir le preneur de la chose louée : cela ressort de la définition du louage des choses, donnée par l'article 1709; cela ressort encore des dispositions principales du titre du Louage, qui sont incompatibles avec la nature d'un droit réel. Seulement le législateur moderne, tout en conservant au bail son ancien caractère, a jugé à propos de retrancher quelques conséquences dont on avait reconnu les inconvénients. Mais si le législateur avait eu l'intention d'opérer un changement radical dans la nature de ce droit, il se serait expliqué d'une manière franche et précise, et nous en trouverions au moins des traces bien marquées dans les travaux préparatoires du Code. Au reste, nous renvoyons, pour tous les éléments de cette question, aux auteurs qui l'ont traitée *in extenso*. Nous la considérons ici comme résolue dans le sens du droit personnel.

Et si le bail est un droit mobilier, en tant que droit personnel tendant à acquérir des fruits, qui sont choses mobilières, il doit pouvoir être donné en gage. Mais dans quelle forme?

L'article 2076 s'exprime ainsi : « Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. » Il faut donc que, *dans tous les cas*, le propriétaire se dépossède de la chose engagée.

Notre question consiste précisément à savoir de quelle manière doit s'opérer cette dépossession, en ce qui concerne la mise en gage du droit de bail. L'article 2075 dispose que « le privilége énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public en sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. » On a dit que le droit de bail est un meuble incorporel; que l'article 2079 a pour objet d'établir, pour la tradition des meubles incorporels en matière de gage, les formes du transport de créance; et que, par conséquent, le preneur qui donne son droit de bail en gage, se dépossède suffisamment par la remise de son titre au gagiste, et la signification de l'acte constitutif du gage, dûment enregistré, au propriétaire. C'est ainsi qu'ont jugé le tribunal de Lyon, la Cour de cassation, et enfin la Cour de Grenoble, devant laquelle la cause avait été renvoyée. Nous pensons, au

contraire, que ce n'est pas là une dépossession et une tradition régulières, qui remplissent le vœu de la loi; nous pensons que l'article 2075 n'est pas applicable au bail, et qu'il est indispensable, pour la régularité et la validité de l'établissement du gage, que le preneur mette, à son lieu et place, le gagiste en possession même des lieux loués. Nous nous rangeons ainsi tout à fait du côté de la Cour de Lyon, dont pourtant l'arrêt a été cassé.

D'abord qu'est-ce qu'un bien incorporel?

Si nous nous exprimions d'une manière rigoureuse et philosophique, nous dirions que tous les biens sont incorporels; car la science du droit considère les biens dans les rapports qui lient les hommes aux choses, au point de vue de l'utilité et des services qu'ils peuvent en retirer et qu'ils ont droit d'en retirer; et ces rapports sont évidemment quelque chose d'incorporel. Mais comme la propriété embrasse toute l'utilité de la chose, et consiste dans le droit d'en user, d'en jouir et d'en disposer d'une manière absolue et exclusive, on s'est habitué depuis longtemps à la confondre avec la chose même. C'est pour cela que je dis : *mon cheval*, *ma montre*, pour désigner la propriété que j'ai sur tel cheval ou telle montre. Par suite de cette confusion, on a appliqué au droit de propriété la qualification de bien corporel, et tous les autres droits ont été appelés des biens incorporels.

Ainsi la classe des biens incorporels comprend tous les droits réels, sauf le droit de propriété, et tous les droits personnels, sans exception.

Voyons maintenant si l'article 2075, qui semble prescrire, pour la tradition des meubles incorporels en matière de gage, l'observation des règles du transport des créances, s'applique bien à tous les meubles incorporels.

Immédiatement nous pouvons affirmer que cet article ne s'applique pas aux meubles incorporels qui consistent dans des droits réels; car l'article 2075 veut qu'on fasse une signification au débiteur, et il n'existe pas de débiteur dans le droit réel : ce droit résulte du rapport direct de la personne à la chose, et non pas d'un rapport d'obligation entre débiteur et créancier.

La mise en gage de l'usufruit des objets mobiliers corporels, par exemple, ne s'effectuera pas d'après l'article 2075, au

moyen de la remise du titre au gagiste et d'une signification au nu-propriétaire qui n'est pas débiteur. Il faudra, de toute nécessité, que l'usufruitier se dessaisisse des choses soumises à son usufruit, et en fasse la tradition effective et corporelle au gagiste ou au tiers convenu entre eux.

Les universalités de biens, telles que les hérédités, sont aussi considérées comme des choses incorporelles. Eh bien! supposons une hérédité qui ne comprenne que des meubles. Viendra-t-on prétendre qu'il suffira, pour en opérer la mise en gage, d'accomplir les formalités du transport des créances? Mais où trouvera-t-on un débiteur pour lui faire la signification? Il n'y en a aucun. Nous croyons qu'il faudra prendre individuellement toutes les choses composant l'hérédité et appliquer à chacune les règles qui lui sont propres : pour les meubles corporels, ce sera la tradition corporelle; pour les créances, ce sera la tradition suivant les formes du transport.

Donc nous sommes, dès à présent, autorisés à dire, avec certitude, que l'article 2075 n'embrasse qu'une certaine catégorie de meubles incorporels, en dehors de laquelle se trouvent tous les droits réels.

Mais au moins l'article 2075 régit-il la mise en gage de tous les meubles incorporels qui résultent de droits personnels? Suffit-il, en un mot, que nous trouvions un débiteur auquel il soit possible de faire la signification prescrite par cet article? C'est ce qu'il nous reste à examiner, et ce qui va faire le fond de notre discussion.

L'article 2076, qui paraît bien être, en matière de gage, une règle absolue et sans exception, veut que, *dans tous les cas*, le gagiste ou le tiers convenu soit mis et reste en possession de la chose engagée.

Recherchons quelles sont les formes ordinaires de la tradition pour chaque espèce de bien; et, afin de rendre nos observations plus claires, ne nous occupons plus du gage, plaçons-nous pour un moment dans l'hypothèse de la vente; peut-être cette méthode nous fournira quelque lumière.

Ordinairement la tradition, surtout des meubles, s'opère par des moyens physiques et corporels, qui font passer la chose des mains du vendeur aux mains de l'acheteur. Les formes en sont détaillées, d'une manière un peu vague et incomplète, dans les articles 1604 et suivants. L'article 1607 s'occupe de la tra-

dition des choses incorporelles, et s'exprime ainsi : « La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur. » Cet article nous indique que la tradition des biens incorporels ne se fait pas toujours de la même façon, et que, dans certains cas, elle se manifeste par l'usage que l'acquéreur fait de la chose du consentement du vendeur.

Enfin, dans un autre chapitre, le Code établit les règles toutes spéciales du transport de certains biens incorporels, parmi lesquels figurent principalement les créances (art. 1689 et suivants). Ces biens ne sont transférés à l'acquéreur, à l'égard des tiers, que par la signification du transport au débiteur, ou l'acceptation de ce transport faite par lui dans un acte authentique. Mais, d'après l'article 1689, la tradition de ces mêmes biens s'opère entre les parties par la remise du titre au cessionnaire. Donc les règles du transport sont tout à fait étrangères au genre de biens incorporels dont la délivrance, d'après l'article 1607, s'effectue par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur. Le droit de bail rentre évidemment dans ce dernier genre de biens. Il n'est pas possible de soutenir sérieusement que le preneur puisse délivrer son droit au cessionnaire, en conservant la possession des lieux loués. La délivrance, en effet, a pour but de procurer à l'acquéreur les moyens d'exercer régulièrement et efficacement son droit, comme le vendeur l'exerçait lui-même. Or, dans l'espèce d'une cession de bail, jusqu'à ce que la jouissance du cédant ait complétement cessé et que le cessionnaire soit entré en possession des lieux loués, les conditions de la délivrance ne sont pas remplies.

N'en sera-t-il pas de même, si nous revenons à l'hypothèse d'une constitution de gage? Pour qu'il en fût différemment, il faudrait un texte bien clair et bien exprès qui apportât une exception aux règles ordinaires de la tradition du droit de bail.

On a cru trouver une disposition dérogatoire dans l'article 2075 lui-même. Mais cet article est loin d'être explicite. Nous avons déjà reconnu qu'il ne peut pas s'appliquer à tous les meubles incorporels; il parle seulement des meubles incorporels *tels que les créances mobilières*, c'est-à-dire semblables aux créances mobilières; et un droit de bail, bien qu'étant un droit personnel, ne ressemble en aucune façon à une créance

proprement dite. Et puis les règles du transport des créances ne se trouvent-elles pas sous la rubrique : Du transport des créances et *autres droits incorporels?* L'article 1689 lui-même, le premier de ce chapitre, ne s'exprime-t-il pas aussi d'une manière bien générale dans l'indication des biens qui y sont soumis? Et pourtant on n'a pas songé à étendre ces règles à la cession d'un droit de bail.

Les articles 1689 et 1690 ne régissent pas la cession du bail; je dis que, par la même raison, l'article 2075 ne régit pas la mise en gage de ce même droit. L'article 2075 se réfère tout simplement aux articles 1689 et 1690, non-seulement pour ce qui regarde les formes à observer, mais aussi pour ce qui regarde la détermination des choses auxquelles ce mode particulier de tradition est applicable.

Ainsi les articles que nous venons d'indiquer organisent une tradition toute spéciale, pour la mise en gage d'une certaine catégorie de biens incorporels, qui sont, pour ainsi dire, plus incorporels que les autres. Cette catégorie ne comprend pas les droits réels; elle ne comprend pas davantage les droits personnels qui, comme le droit de bail, exigent, pour leur exercice, la détention d'une chose corporelle. Elle comprend les droits personnels qui ne laissent aucun signe apparent entre les mains du créancier, et s'exercent directement de personne à personne. Ajoutons-y, pour être complet, les actions sur des tiers (art. 1689), sans excepter même les actions réelles, qu'il ne faut pas confondre avec les droits réels. Autre chose, en effet, est la cession ou la mise en gage du droit réel, autre chose est la cession ou la mise en gage de l'action réelle. Par exemple, je ne puis donner en gage le cheval que j'ai dans mon écurie, sans en faire la tradition corporelle au gagiste; mais, au contraire, je puis, en accomplissant simplement les formalités du transport des créances, donner en gage l'action réelle que j'ai contre celui qui le détient indûment.

Les biens incorporels, qui appartiennent à la catégorie dont nous venons de parler, n'ont vraiment rien de manifeste et de palpable. La tradition physique en était impossible. Force a été d'organiser certaines formalités qui en tinssent lieu, si l'on ne voulait pas déclarer ces choses non susceptibles de tradition, comme l'avait fait l'ancien droit romain. Mais, par cela même que ce mode de tradition a quelque chose d'exceptionnel, il faut

avoir grand soin de le maintenir dans ses justes limites; et lorsqu'on a posé ces limites d'une certaine manière en cas de vente ou de cession, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement en cas de mise en gage.

Si l'on admettait l'opinion que nous combattons, on verrait à la liquidation du gage, c'est-à-dire quand il deviendrait nécessaire d'en ordonner la vente pour payer le créancier, se produire un singulier phénomène. Le preneur serait censé s'être dépossédé entre les mains du gagiste par l'accomplissement des formalités du transport; et voilà que ce preneur serait obligé de faire une nouvelle tradition à l'acquéreur, et de le mettre pour cela en possession effective des lieux loués!

Pour compléter notre démonstration, nous allons faire voir que cette opinion manque complétement le but que s'est proposé la loi, par la dépossession et la tradition de la chose.

La loi veut que la chose engagée sorte des mains de son propriétaire et soit placée sous la garde du gagiste ou d'un tiers convenu, afin qu'elle se trouve en sûreté, et qu'il ne soit pas possible au débiteur ou à tout autre de diminuer, par son fait, la garantie du créancier. Or, dans notre question, si la chose louée reste entre les mains du preneur, l'intention de la loi n'est-elle pas évidemment méconnue? En effet, le preneur n'aura plus le même intérêt à faire prospérer son établissement; il pourra le négliger, et son droit de bail qui, à un moment donné, représentait peut-être une valeur très-importante, sera réduit plus tard, faute de soins, à une valeur beaucoup moindre. Enfin ne peut-il pas arriver que le preneur se conduise de telle sorte qu'il provoque, de la part du propriétaire, une demande en résiliation? Le preneur aura donc ainsi la possibilité de détériorer et même de faire périr complétement le gage. C'est précisément pour lui enlever cette possibilité que la loi a voulu le déposséder de la chose engagée.

Remarquez que cet inconvénient ne se présente pas pour les créances et autres droits semblables. Une fois que le titre est entre les mains du gagiste et que la signification a été faite au débiteur, le créancier qui a donné sa créance en gage ne détient plus rien qui y soit relatif, et il est bien réellement mis dans l'impuissance de nuire.

La dépossession a encore un autre objet : elle sert à avertir le public, et à ne laisser subsister dans les mains de celui qui

a constitué un gage aucune apparence trompeuse sur laquelle pourrait s'élever un crédit sans fondement. Dira-t-on que le public est suffisamment averti par la remise du titre au gagiste et la signification faite au bailleur, que les personnes prudentes qui voudraient traiter avec le preneur, sur la foi du bail qu'il exploite, devraient se faire représenter son titre, ou bien s'assurer que le bailleur n'a reçu aucune signification? Tout cela serait gênant et vexatoire dans la pratique. Un locataire, par exemple, exploite un fonds de commerce; tous les jours il est en relation avec des fournisseurs et contracte de nombreux engagements. Faudra-t-il que ces personnes, le voyant en possession réelle d'un bail de longue durée dont elles connaissent la condition avantageuse, et sur lequel elles ont dû raisonnablement compter comme sur un élément sérieux de crédit, soient obligées, pour conserver leur sécurité, d'exiger tous les jours l'exhibition du titre, ou d'aller demander au bailleur si aucune signification ne lui a été adressée? Cela n'est pas présumable. En matière de gage, la vérité doit, pour ainsi dire, sauter aux yeux, toutes les fois du moins que la chose engagée présente aux regards du public quelque chose d'apparent.

Lorsque le bail n'est pas encore en cours d'exécution, l'article 1718 nous dit qu'il renferme une triple obligation de la part du bailleur : 1° de délivrer au preneur la chose louée; 2° d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée; 3° d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. Tant que les choses en restent là, le preneur n'a qu'une action contre son bailleur, et ne détient par devers lui aucun élément corporel de son droit. Ainsi nous reconnaissons que, dans cet état, si le bail est donné en gage, le mode de tradition provisoire à employer sera celui du transport des créances. (Voyez Paris, 26 février 1852; *Journal du Palais*, 1851, t. II, p. 476.) Inutile d'ajouter que la cession s'opérerait suivant les mêmes formes.

Mais le bail, au contraire, se trouve-t-il en cours d'exécution, la première des trois obligations est accomplie; le preneur est entré en possession de la chose louée; il a la détention d'un objet corporel, détention qui se présente comme la condition *sine qua non* de l'exercice de son droit : de sorte qu'elle est la manifestation corporelle de son droit de bail, tout aussi bien que la possession de l'objet qui m'appartient est la manifesta-

tion corporelle de mon droit de propriété. Or, si je veux mettre régulièrement en gage l'objet qui m'appartient, il faut que je me dépouille de la possession physique, pour faire disparaître de chez moi cette manifestation de mon droit, qui pourrait tromper les tiers. Est-ce que les mêmes raisons ne semblent pas exiger que le preneur qui veut mettre en gage son bail en cours d'exécution se dépouille de la possession des lieux loués, qui est aussi la manifestation de son droit, et pourrait également tromper les tiers?

Il est tellement vrai qu'il faut tenir grand compte, vis-à-vis des tiers, de la possession du preneur et des droits qu'il exerce sur la chose, que le législateur se préoccupant de cette situation, s'est mis en mesure d'en avertir le public, en exigeant, par la loi du 23 mars 1855, la transcription au bureau des hypothèques des baux d'une durée supérieure à dix-huit ans.

Voilà pourquoi on a mis sérieusement en question le point de savoir si le bail est un droit réel ou un droit personnel. C'est qu'en effet le bail tient le milieu entre les droits réels et cette catégorie de droits personnels qui n'ont rien de palpable, et sont, si je puis m'exprimer ainsi, à l'état d'abstraction entre les mains de ceux qui les possèdent.

M. Troplong, dans le passage suivant, caractérise très-bien le genre de dépossession qui doit avoir lieu en matière de gage : « Il faut, dit-il, que cette dépossession du débiteur soit sincère; il ne faut pas qu'elle soit arrangée de manière à ne laisser au créancier qu'une vaine apparence de possession, et à conserver au débiteur le véritable maniement de la chose. » (*Nantissement*, n° 301.)

On nous a proposé un cas qui paraît embarrassant au premier abord, et mérite un moment d'attention. On nous a dit : Supposez que le preneur ait sous-loué la chose en totalité, et qu'il veuille, en cet état, mettre son droit en gage, comment vous y prendrez-vous dans votre système? Le principal locataire n'est pas en possession des lieux loués : il semble dès lors que les arguments que nous avons invoqués ne reçoivent pas leur application dans l'espèce. La question, à notre avis, revient à se demander de quelle manière la cession du droit s'opérerait. Faudrait-il employer ou non les formes du transport des créances? S'agit-il là, en un mot, de ce que l'article 1689 appelle une créance, un droit ou une action sur un

tiers? Car, nous le répétons, et nous croyons l'avoir démontré plus haut, la tradition n'est pas autre pour le gage que pour la cession; l'opération est absolument identique dans l'un et l'autre cas; la différence n'existe que dans les résultats et les effets. Eh bien! en cet état, nous croyons reconnaître, dans le droit du principal locataire, une de ces choses comprises dans la catégorie des biens incorporels spécifiés par l'article 1689. Aucune chose corporelle ayant trait au droit du principal locataire ne reste dans ses mains; il n'a plus qu'une action soit contre le propriétaire, soit contre le sous-locataire, et un droit de surveillance si vague et si imperceptible, qu'on ne doit pas le regarder comme suffisamment apparent pour le public. C'est pourquoi nous penserions que, pour que la cession fût régulière à l'égard des tiers, aussi bien que la mise en gage, il faudraït une tradition manifestée par la remise des titres au cessionnaire ou au gagiste, et une signification à chacun des débiteurs dont les obligations constituent le droit du principal locataire, c'est-à-dire au bailleur et au sous-locataire.

Cette solution, loin d'être une exception aux principes que nous avons invoqués, en est une application très-naturelle et très-juste.

Arrivons aux difficultés d'exécution que soulève notre système. On objecte que soumettre le preneur qui veut donner son bail en gage à la nécessité de mettre le gagiste en possession des lieux loués, c'est presque rendre impossible l'établissement du privilége de gage sur le droit de bail. Nous avouons volontiers que les conditions sont dures à remplir. Cependant on ne peut pas aller jusqu'à dire qu'il y ait une véritable impossibilité. Quoi qu'il en soit, la loi, en matière de constitution de gage, a tracé des règles et des formalités qu'elle regarde comme indispensables, et elle entend qu'elles soient rigoureusement observées à peine de nullité, car elles ont pour but de sauvegarder le crédit public et les intérêts des tiers.

La jurisprudence, qui a eu à statuer sur des cas particuliers où se présentaient de grandes raisons de faire fléchir les règles ordinaires, a mieux aimé déclarer la constitution de gage impossible, dans certaines circonstances, que de rien changer aux formes salutaires et protectrices édictées par la loi. Nous citerons comme exemple une affaire qui a été jugée par la Cour de Paris, le 20 juillet 1851 (*Journal du Palais*, 1852, 2, 50). Le

commerce de la boulangerie est soumis, dans la capitale et dans beaucoup d'autres villes, à des règlements de police qui ne permettent pas de l'exercer sans une autorisation spéciale de l'autorité compétente. Chaque boulanger autorisé obtient un numéro. Ce numéro représente une certaine valeur, qui doit figurer dans le patrimoine et la fortune de celui qui le possède; il peut être vendu et cédé à un tiers avec l'agrément de l'administration; il peut, sous la même condition, être saisi et mis en adjudication sur les poursuites des créanciers : c'est ce qu'a reconnu formellement la décision dont nous parlons. Cela compris, un boulanger de Paris avait donné en gage son numéro, avec fonds de commerce et achalandage; mais il ne s'était pas dessaisi corporellement, il avait seulement remis ses titres au gagiste, et une signification avait été faite au préfet de police, qui délivre les numéros. La question de savoir si une constitution de gage ainsi effectuée était valable fut portée, à la suite d'un appel, devant la Cour de Paris, qui déclara non-seulement que cette constitution de gage était nulle, mais même qu'il n'était pas possible de la faire d'une manière régulière, parce qu'un numéro de boulangerie est une propriété *sui generis*, soumise à des règles particulières; qu'elle constitue une faculté toute personnelle, et qu'il n'est pas permis de se dessaisir de l'exercice de ce droit entre les mains d'une personne qui l'exploiterait au nom du propriétaire.

De cette décision, nous pouvons conclure en passant qu'un fonds de commerce avec son achalandage, lorsque l'exercice de ce commerce est libre et dégagé des entraves apportées à celui de la boulangerie et à beaucoup d'autres par les règlements administratifs, peut très-bien être donné en gage. Mais il faut suivre alors les règles ordinaires de dépossession, et opérer une tradition réelle et corporelle entre les mains du gagiste ou du tiers convenu. Cela résulte *à contrario* du considérant suivant de l'arrêt de Paris : « Attendu..... qu'à l'égard de ces valeurs (achalandage et fonds de commerce) le contrat de gage ne peut non plus s'effectuer valablement, puisque l'industrie, comme dans l'espèce, n'a pas cessé d'être aux mains du débiteur et exercée par lui. »

Un arrêt de la même Cour, du 2 janvier 1843, juge dans le même sens, à propos d'un brevet de libraire (*Journal du Palais*, 1843, t. I, p. 141).

Et ne pourrions-nous pas appliquer tout cela aux offices ministériels?

Mais ce que nous voulions faire remarquer, et ce qui, nous croyons, est très-conforme à l'esprit de la loi, c'est que le contrat de gage ne peut produire ses effets si toutes les formalités ne sont pas strictement remplies. Aucune raison de difficulté ni même d'impossibilité d'exécution ne saurait en dispenser. Le privilége n'existe qu'à cette condition.

Il est de principe que le gage n'est qu'un dépôt entre les mains du gagiste, pour la sûreté de sa créance, et que par conséquent, en règle générale, il n'a pas le droit d'employer la chose à son usage. Est-ce à dire cependant que, lorsqu'il s'agit de ces meubles qui sont plus particulièrement destinés à produire des fruits, la chose devra nécessairement rester improductive entre les mains du gagiste? Non certainement : le législateur n'a pas voulu faire violence à la nature des choses. On concilie tout au moyen d'une compensation qui s'opérera, à due concurrence, entre les fruits perçus par le gagiste et les intérêts et successivement le capital de sa créance. Cette solution si raisonnable est empruntée au droit romain, qui la fondait sur une convention tacite intervenue entre les parties, convention bien présumable, en effet, puisqu'elle est dans l'intérêt de tout le monde. Le droit romain donnait pour exemple la mise en gage d'un cheval de labour ou d'un esclave. La possession de ces choses serait même une charge pour le propriétaire ou le gagiste, si les fruits n'en étaient pas perçus.

L'article 2081 prévoit la difficulté et la résout pour les créances productives d'intérêts.

La même théorie est parfaitement applicable à la mise en gage du droit de bail; car il est de l'essence de ce droit de produire des fruits : il ne se conserve et ne se maintient que par son exercice. L'exploitation régulière de la chose louée est d'ailleurs une des obligations du preneur envers son bailleur; en sorte que la convention présumée devient ici une convention forcée.

Si, au moment de la constitution du gage, les parties ont fixé la valeur à laquelle elles estiment la jouissance de la chose, cet accord devra être suivi. Si rien n'a été convenu dès le commencement, les parties pourront encore régler leurs inté-

rêts amiablement; sinon l'on aura recours à une expertise, si le besoin s'en fait sentir.

Le gagiste, par son incurie ou son infidélité, compromet-il le gage qui lui a été confié, le remède se trouve dans l'article 2082. Le preneur demandera et pourra obtenir, suivant les circonstances, d'être réintégré, avec ou sans dommages-intérêts, dans la jouissance de son bail.

Il va sans dire que s'il avait été stipulé expressément, entre le bailleur et le preneur, que le bail ne pourrait pas être cédé, la mise en gage ne pourrait avoir lieu. DUMOLARD.

ÉTUDE SUR LES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. SÉVIN, conseiller à la Cour de cassation.

TROISIÈME ARTICLE [1].

Article 2103.

Quelles sont les questions que le législateur devra se poser quant aux priviléges sur les immeubles? Elles sont nombreuses et importantes.

I. On a proposé la suppression, sur les immeubles, des priviléges *généraux* de l'article 2101, sauf de celui pour frais de justice. M. Pougeard disait dans son projet de 1849 : — *Les priviléges ne s'exercent que sur les meubles.* — M. Langlois supprimait l'article 2103. Le conseil d'État s'y résignait avec quelque regret, dans l'intérêt du crédit foncier.

C'était peut-être aller trop loin. Les priviléges de l'article 2101 sont des priviléges personnels; ils doivent frapper tous les biens que possède la personne; leur caractère de généralité est la conséquence de leur nature : pour être logique il faut le leur conserver.

Mais ce n'est pas à dire qu'ils doivent, comme aujourd'hui, primer tous les autres priviléges et les hypothèques assis sur les immeubles. Ces priviléges et hypothèques reposent ou sur

[1] V. *Revue critique*, tome XVIII, p. 212.

des gages spécieux, ou sur des causes d'augmentation et de création de valeurs : ils doivent donc, comme affectant plus intimement les immeubles sur lesquels ils frappent, être colloqués avant les créances générales, quelque favorables qu'elles soient. C'est ce que faisait ressortir avec un grand sens la Faculté de Caen, dans l'enquête de 1841-44, citée avec approbation par M. Paul Pont (n° 246). — « Pourquoi, par exemple, le « vendeur perdrait-il une partie de son prix parce que son « acheteur a des domestiques auxquels il est dû des gages? « Pourquoi le copartageant, forcé peut-être par le sort de se « contenter d'une soulte, subirait-il une réduction au profit « des fournisseurs de son copartageant? Certes, ce serait assez « favoriser les créanciers mentionnés en l'article 2101 que de « les colloquer avant les créances chirographaires, non-seule- « ment sur les meubles, mais encore sur le prix des immeubles, « quand il n'est pas absorbé par des priviléges ou des hypo- « thèques. » (*Doc. hyp.*, 3, 94) [1].

C'est à ce parti que s'était arrêtée la commission de l'assemblée législative. Telle est aussi la législation Belge.

Il est bien entendu que si l'on sanctionne cette opinion, il faudra, comme pour les meubles, donner un rang de préférence ou de prélèvement : — aux frais de justice; — au privilége du Trésor, pour les contributions directes, et pour les droits de mutation par décès, si l'on conserve ces priviléges. — La Cour de Riom (suivie en cela par la Cour de Douai) avait proposé d'y ajouter les frais de conservation, de réparation et d'entretien de l'immeuble, dans l'année qui a précédé la vente : cette imitation de l'article 2102, n° 3, paraît équitable et utile [2].

II. On a proposé la suppression d'un autre privilége sur les immeubles, celui des architectes, entrepreneurs et ouvriers, sur la plus-value que leurs travaux ont procurée à l'immeuble. Cette cause de privilége est pourtant tout à fait rationnelle et

[1] La Cour de Pau (*Doc. hyp.*, 2, 83), la Faculté de Dijon (*ibid.*, 2, 116) ouvraient le même avis. — La Cour de Riom (*ib.*, 2, 97) supprimait complétement l'article 2103. — La Cour de cassation, lors de la discussion du Code civil, ne plaçait les priviléges de l'article 2101, sur les immeubles, qu'après tous les autres priviléges. — Fenet, 2, 640.

[2] La Législation du canton de Vaud applique le même principe; — au cas de copropriété, pour réparations faites au mur mitoyen ou à l'immeuble commun; — au cas d'intérêt public, pour réparations faites par ordre de la police à un immeuble menaçant ruine.

en harmonie avec le système général de la loi sur les priviléges. En 1849, on recula devant les formalités nombreuses qu'exigeait la conservation de ce privilége, on mit en doute son utilité, on pensa pouvoir le remplacer par une inscription prise ou un crédit ouvert sur la propriété. (Projet de M. Langlois; — M. Paul Pont, nº 220.)

Mais cette manière d'opérer ne serait pas sans inconvénients.

Prendre inscription ou ouvrir un crédit hypothécaire avant les travaux, c'est fort bien : cependant l'inscription ainsi prise n'aura rang qu'à compter de sa date, et sera primée par tous les créanciers antérieurs; si ces créanciers absorbent et au delà la valeur actuelle, c'est pour eux que travaillera l'architecte ou l'entrepreneur, car leurs hypothèques s'étendront à toutes les augmentations de l'immeuble. Il faudrait, au contraire, trouver un moyen, en laissant aux créanciers antérieurs la valeur ancienne de la propriété, d'assurer au constructeur la plus-value qu'il aura créée par ses travaux. C'est ce que faisait l'article 2103, nº 3; et si on l'a rarement employé, ce n'est pas que la ressource qu'il offrait fût inutile : un propriétaire peut, au contraire, avoir besoin, dans un intérêt légitime et bien calculé, de faire des constructions sur son immeuble, surtout quand il s'agit de biens qu'il ne peut vendre, de biens dotaux, par exemple; mais on a soumis l'accomplissement d'un tel projet à un luxe excessif de précautions et de formalités qui ont fait reculer bien des propriétaires et des architectes. La loi d'ailleurs n'était pas assez soigneuse du principe de la publicité et des intérêts des tiers.

En effet, l'inscription du premier procès-verbal, exigée par les articles 2103 et 2110, n'indique pas aux tiers, même approximativement, la somme dont l'immeuble pourra se trouver grevé : cette incertitude peut durer longtemps, puisqu'elle n'est levée que par l'inscription du second procès-verbal.

Pour éviter cet inconvénient, et aussi pour simplifier le mode de constatation du privilége, on pourrait dire que la première inscription ne serait pas indéterminée, qu'elle serait faite pour une somme convenue entre le propriétaire et l'ouvrier, *maximum* que ce dernier ne pourrait dépasser; qu'elle serait accompagnée d'un procès-verbal constatant l'état des lieux, chose indispensable pour connaître la valeur sur laquelle frapperont

les hypothèques antérieures; mais ce serait tout : la seconde expertise serait inutile, car c'est au moment de la vente que doit se constater la plus-value : un procès-verbal fait plus tôt pourrait certainement être critiqué par les créanciers. Qu'on leur réserve ce droit; qu'ils puissent, lors de la distribution, faire réduire l'inscription de l'architecte si elle est excessive : on n'aura d'expertise qu'en cas de nécessité, et cette nécessité se présentera rarement; car il n'est pas dans l'intérêt d'un propriétaire de grever son bien outre mesure; on sait d'ailleurs que les prévisions des architectes vont rarement jusqu'à la vérité.

III. Les motifs qui justifient le privilége de l'architecte s'appliquent également à ceux établis par les lois des 16 septembre 1807 et 21 avril 1810, en matière de desséchement des marais et de recherches de mines. Seulement il sera bon de dire que le privilége ne prendra rang que du jour de l'inscription ou de la transcription qui le fait connaître aux tiers.

IV. Sur le privilége du vendeur, une controverse grave a longtemps existé dans la jurisprudence : ce privilége s'étend-il, pour les intérêts, seulement aux deux années et l'année courante, que l'article 2151 colloque, pour les créances hypothécaires, au même rang que le capital? Embrasse-t-il, au contraire, tous les intérêts du prix, même ceux qui seraient prescrits par l'application de l'article 2277? La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens le plus favorable au vendeur: mais sa décision, quoique émanée des chambres réunies, n'a pas rallié toutes les opinions, et le législateur, dont l'office n'est pas d'appliquer la loi, mais de l'améliorer quand il y a lieu, est en demeure de s'expliquer sur ce point. Or, dans ces derniers temps, le respect des droits du précédent propriétaire a paru généralement devoir céder au tort résultant de sa négligence et à la raison d'ordre général tirée des besoins de publicité que réclame l'intérêt des tiers.

Le nouveau Code hypothécaire de la Belgique (article 87) consacre l'assimilation des créances privilégiées et des créances hypothécaires, quant à la conservation du rang des intérêts échus.

Le projet de loi de 1850, ainsi que la rédaction du conseil d'État, n'accordaient privilége au vendeur que pour cinq années d'intérêts au plus, quels que fussent les actes d'interruption

qu'il aurait pu faire à l'égard de l'acquéreur. C'était, en d'autres termes, autoriser les créanciers, les tiers intéressés, à opposer la prescription à laquelle le débiteur aurait renoncé : application juste et raisonnable de l'article 2225. Il ne faut pas, disait le rapporteur du conseil d'État, M. Bethmont, que les tiers qui ignorent si le vendeur a été diligent, s'il s'est fait payer les intérêts à mesure de leur échéance, aient toujours à redouter l'apparition d'une créance privilégiée, accrue d'accessoires dont l'importance est illimitée.

Tout le monde paraît d'accord pour assimiler au contrat de vente le contrat d'échange (M. Paul Pont, n° 187). Telle était la disposition ajoutée à l'article 2103 par le gouvernement et par le conseil d'État en 1850. Mais on avait jugé à propos d'édicter une restriction motivée sur l'article 1705, spécial à l'échange. Cet article, qui autorise une action résolutoire de la part du copermutant évincé, n'étant pas atteint, comme l'article 1654 relatif à la vente, par l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, il fallait pourvoir à ce que cette action résolutoire, occulte pour les tiers, ne pût être pour eux une cause de déception. Aussi avait-on dit : — « L'action en répétition accordée par « l'article 1705 au copermutant évincé ne pourra être exercée « contre les tiers que lorsqu'elle aura été formellement stipulée « dans l'acte d'échange. » — C'était la rédaction du conseil d'État; et comme, dans son projet, on soumettait à la transcription, ainsi que l'a fait la loi du 23 mars 1855, tous les actes translatifs de propriétés immobilières, c'est-à-dire les contrats d'échange, les droits de la publicité étaient saufs.

V. On ne fut pas aussi unanime sur l'assimilation de la vente et de la donation avec charges, sur le privilége à accorder au donateur pour les charges par lui imposées au donataire. On a objecté que le donateur n'a pas d'intérêt à ce privilége, puisque la loi ouvre (art. 953 et 954 C. N.) une action en révocation pour inexécution des charges et conditions; mais M. Paul Pont répond (n° 188) que, nonobstant l'action en résolution que la loi accorde au vendeur (art. 1654), il n'en a pas moins un privilége sur la chose vendue. Il peut en effet convenir au donateur, tout aussi bien qu'au vendeur, de ne pas recourir au remède extrême de la résolution, et de s'en tenir aux droits qu'il a stipulés dans son contrat, au privilége qui en est la conséquence rationnelle. C'est ce qu'avaient demandé les

Cours d'Amiens, d'Angers, Grenoble[1], Montpellier, les Facultés de droit de Caen, Poitiers et Strasbourg, dans l'enquête de 1844 (*Doc. hyp.*, 3, 72 à 89). — Telle est la loi belge (art. 27 de la loi de 1851); et si, dans les premiers projets soumis à l'assemblée législative en 1849, cette disposition avait été omise, elle fut insérée, d'un commun accord, dans la rédaction préparée pour la troisième lecture. La Faculté de droit de Strasbourg proposait, comme complément de cette mesure, et dans l'intérêt du crédit foncier, d'assimiler sous un autre rapport la vente et la donation, et de subordonner l'exercice de l'action en révocation du donateur à la conservation de son privilége, ainsi qu'elle le demandait pour l'action en résolution du vendeur. Cette dernière disposition ayant été adoptée par la loi du 23 mars 1855, il n'y a pas de motifs pour refuser l'assimilation proposée par la Faculté.

VI. Le privilége des cohéritiers peut donner lieu à quelques observations.

Il a été expliqué d'abord, sans objection aucune, que le mot *cohéritiers*, que le mot *succession* employés dans l'article 2103, ne sont pas limitatifs; qu'ils s'expliquent, au besoin, par l'expression plus générale de *copartageant*, que l'on trouve dans l'article 2109; mais pour lever tous les doutes, on avait proposé dans l'enquête de 1848, une rédaction plus compréhensive; la Cour de Grenoble disait sur l'article 2103 : — « 4° Les « cohéritiers, les associés ou autres copartageants sur les im- « meubles de la succession ou de la société, ou sur ceux qui « ont fait l'objet de l'indivision..... » — La Cour de Paris, les Facultés de Caen et Rennes se prononçaient dans le même sens. Le conseil d'État, dans son rapport de 1851, employait l'expression générale de *copartageants*, quoique dans sa rédaction il ait laissé subsister le mot *cohéritiers*. Ce n'est qu'un mot à changer.

L'étendue du privilége, entre cohéritiers et copartageants, a été plus controversée; — non quant aux soultes et retours de partage, non quant au prix de licitation; mais on a trouvé bien générales les expressions de l'article 2103 qui, chose étrange,

[1] Je pense qu'il faut entendre ainsi les termes généraux employés par cette Cour : « 3° Le vendeur, *ou tout autre qui aliène*, sur les immeubles aliénés, « pour le prix, ou pour le retour en cas d'échange, et pour l'exécution des charges imposées par l'acte d'aliénation. »

ne sont pas reproduites dans l'article 2109 : — *pour la garantie des partages.*

Si l'on a voulu entendre par là toutes les obligations, tous les engagements qui résultent du partage au profit de l'un des cohéritiers contre les autres, on aura ouvert la porte à de bien singulières prétentions. En voici une dont la Cour de cassation a dû s'occuper récemment : Entre deux lots, un partage établit une servitude d'eaux et charge le lot servant des travaux d'entretien : le propriétaire de l'autre lot prend inscription contre son cohéritier pour 20,000 francs, à quoi il évalue *l'obligation de faire* résultant du partage ; il a fallu un arrêt de la chambre civile pour repousser cette interprétation abusive de l'article 2103.

Mais ne voulût-on l'appliquer, comme il a été généralement entendu, qu'à la garantie due au copartageant en cas d'éviction d'objets compris dans son lot, il y aurait là un danger immense, une menace suspendue à toujours sur la tête des tiers, un obstacle grave à la circulation des propriétés.

Ces dangers seront évidents si l'on autorise le cohéritier, qui doit inscrire son privilége dans les soixante jours (aujourd'hui quarante-cinq [1]) du partage, à se prévaloir, dans son inscription, d'une simple crainte d'éviction, et à grever, à ce titre, d'un privilége indéterminé tous les biens de la succession ou de la communauté. Si, au contraire, il ne lui est permis de s'inscrire que pour des causes qui se seraient révélées pendant ce court espace de quelques semaines, on lui aura conféré un droit bien insignifiant; car il connaissait certainement, lors du partage, ce qu'il connaîtra six semaines après. Je ne parle pas de l'opinion de M. Delvincourt (t. II, p. 153), et d'un arrêt de la Cour de Liége du 9 mars 1818 [2], d'après lesquels, le délai de soixante jours n'ayant été imposé que pour les soultes et prix de licitation, le privilége pour garantie en matière de partage pouvait être inscrit longtemps après ce délai, et primer les créanciers hypothécaires intermédiaires.

On comprend donc que lors de la discussion du projet de réforme de 1849-1851, le gouvernement et le Conseil d'État se soient trouvés d'accord pour réduire le privilége de copartageant « au payement des soultes ou retours de lots et au prix

[1] Art. 6, L. du 23 mars 1855.

[2] Cité et réfuté par M. Troplong, *Priv. et hyp.*, t. Ier, n° 291.

« de la licitation, mais seulement sur les immeubles chargés « desdites soultes et licités. »

Quant à la garantie des partages telle qu'elle est définie par l'article 884, elle restait le droit commun entre les cohéritiers, mais ne pouvait être exercée contre des tiers que lorsqu'elle aurait été formellement stipulée dans l'acte de partage.

Telle est aussi la pensée de la loi belge : elle n'accorde le privilége pour garantie en cas d'éviction « qu'autant que l'acte « de partage contiendra la stipulation d'une somme fixe pour « le cas d'éviction. » (Art. 27 de la loi du 16 décembre 1851.)

Je trouve la même pensée exprimée dans les observations de la Cour de cassation sur le projet du Code civil. (Fenet, 2, 640.)

« Quant à l'action des cohéritiers et copartageants sur « les biens partagés pour la garantie de leurs lots, en cas d'é- « viction ou de charges découvertes depuis le partage, le pri- « vilége n'est conservé à l'égard des tiers qu'autant qu'il est « ainsi convenu par l'acte, et jusqu'à concurrence de la somme « qui y est déterminée expressément, en prenant inscription « pour cette somme dans les quatre décades du jour de « l'acte, etc. »

VII. Peut-être devrait-on suivre aussi l'exemple qui nous est donné par la loi belge, en supprimant, dans l'article 2103, tout ce qui se rapporte aux prêteurs de deniers, dont le droit est fixé par les principes généraux sur la subrogation. L'article 2103 n'ajoute rien à l'article 1250 avec lequel il fait double emploi. M. Paul Pont (n° 222) pense qu'à cette suppression la méthode gagnerait, et l'interprétation aussi.

VIII. Reste à savoir comment se manifesteront et se conserveront ces divers priviléges.

L'article 2106, qui pose à cet égard la règle salutaire de la publicité, base essentielle de tout notre système sur les charges de la propriété foncière, a été vivement critiqué par de nombreux auteurs, accusé de contradiction ou de non-sens, dans sa dernière disposition qui paraît fixer le rang des priviléges selon la date de l'inscription prise pour chacun d'eux. Une longue controverse s'en est suivie : l'article incriminé a été défendu, notamment par M. Paul Pont (n° 251). Toute difficulté devra cesser par un simple changement de rédaction. Celle proposée par le Conseil d'État, en 1851, se bornait à ces termes :

« Les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles « qu'autant qu'ils sont rendus publics de la manière déterminée « par la loi. »

Le Conseil d'État expliquait qu'il supprimait la fin de l'article 2106 [1] et l'article 2107; qu'il supprimait également, pour étendre le principe de la publicité, ces mots de l'article 2106 : *entre les créanciers*.

Si l'on conserve aux priviléges de l'article 2101 un rang quelconque sur les immeubles, il faudrait maintenir l'article 2107.

Quant au mode de publicité que la loi prescrit pour la conservation des priviléges, l'article 2109 indique pour le vendeur, la transcription, pour les cohéritiers, l'inscription dans un délai déterminé.

Le projet de loi de 1851 assimilait tous les priviléges analogues, ceux du vendeur, de l'échangiste, du copartageant (il faudrait ajouter le donateur avec charges). Pour tous ces cas, on indiquait la transcription du contrat et l'inscription d'office à prendre par le conservateur [2]. Aucun délai n'était prescrit pour cette formalité, restée purement facultative pour le créancier.

La loi du 23 mars 1855 n'a pas non plus imposé de délai fixe pour transcrire et pour inscrire; mais elle a fait ce qu'il fallait pour inspirer au créancier une certaine diligence. D'après cette loi, le vendeur et le copartageant qui s'inscrivent dans les quarante-cinq jours de la vente ou du partage, jouissent de leur privilége, nonobstant toute transcription faite dans ce délai; — sinon, non.

Pourquoi ne pas faire un pas de plus? Pourquoi la loi ne serait-elle pas prévoyante pour tous? Pourquoi cette formalité de la transcription et de l'inscription, si utile pour les parties, si utile pour les tiers, ne serait-elle pas assurée pour tous les cas par une combinaison légale?

Le Code de Genève ne laisse pas au vendeur le soin de faire inscrire, quand bon lui semble, son privilége. Cette formalité est commandée dans un délai fixe, comme l'enregistrement, sous les mêmes peines que l'enregistrement : elle est imposée,

[1] C'est ce qu'avait fait le Code des Deux-Siciles, calqué sur notre Code Napoléon.

[2] C'est aussi la loi belge, art. 35.

comme l'enregistrement, aux notaires et greffiers pour les actes authentiques, aux parties pour les actes sous signature privée. (Loi du 28 juin 1820.) C'est ce que demandait la Cour de Riom, dans l'enquête de 1841 (*Doc. hyp.*, 2, 98).

Je sais qu'une proposition semblable fut discutée et rejetée lors de la discussion de la loi du 23 mars 1855; mais, quoique le mot *transcription* ait été employé dans cette loi, comme il l'est dans l'article 2108, il faut bien se garder de confondre deux positions si différentes.

La transcription, que la loi de 1855 désire, sollicite, mais n'impose pas, est uniquement dans l'intérêt de l'acquéreur : elle a pour objet de le rendre propriétaire vis-à-vis des tiers; on a donc pu croire suffisant de le stimuler par la crainte de ne pouvoir opposer aux tiers son titre d'acquisition; on a pu lui laisser le soin de veiller lui-même à ses intérêts. — Et même, dans ces termes, plusieurs bons esprits ont regretté la décision qui fut prise alors.

Mais la transcription opérée pour faire connaître et conserver le privilége du vendeur, a une tout autre portée: elle est dans l'intérêt du créancier, non du débiteur; elle révèle un privilége qu'il est de l'intérêt général de faire connaître; elle est un des moyens destinés à atteindre ce grand résultat, la connaissance de l'état réel de la propriété foncière.

Aussi voit-on des législations, voisines de la nôtre, soigneusement distinguer les deux espèces de transcription; celle par l'acquéreur pour consolider sa propriété; celle du vendeur pour conserver son privilége [1].

La loi de 1855 ne s'est occupée que de la première. L'expérience déjà acquise a démontré que cette loi a atteint son but. Presque toutes les aliénations sont aujourd'hui transcrites : la même mesure, prescrite dans l'intérêt du vendeur, ne changera donc que peu de chose à ce qui se pratique; et par une seule formalité on aura pourvu à tous les intérêts. Le vendeur n'aura plus besoin de s'informer si son acquéreur a transcrit, afin de savoir s'il ne doit pas transcrire lui-même, et réciproquement.

Comment s'accomplira, au surplus, cette formalité, forcée ou volontaire?

La loi actuelle, ainsi que celle proposée en 1851, la décom-

[1] V. le Code des Deux-Siciles.

pose en deux actes, la transcription et l'inscription d'office.

On enseigne (M. Paul Pont, n° 268; M. Troplong, n° 286) que le privilége est conservé par la transcription, indépendamment de l'inscription d'office, qui ne serait qu'une précaution de plus, presque surabondante. C'est, en effet, ce qui paraît résulter des termes de l'article 2108 : — « Le vendeur...., « conserve son privilége par la transcription du titre;..... la « transcription vaudra inscription..... Sera *néanmoins* le con- « servateur tenu de faire d'office l'inscription des créances..... » — De là on conclut que l'inscription d'office n'est pas indispensable, que si le conservateur omettait de la prendre, s'il y commettait quelque erreur, le droit du vendeur créancier n'en serait pas atteint, son privilége subsisterait toujours intact, ayant été conservé par la transcription, seule chose que la loi lui demande, seule chose qui, faite par lui ou par son ordre, puisse lui nuire si elle est négligée ou mal faite.

De là cette autre conséquence, que pour s'édifier sur la position hypothécaire de quelqu'un, il ne suffira pas de recourir au registre des inscriptions, il faudra aussi consulter le registre des transcriptions, qui est seul le véritable registre des priviléges.

Or, ici se présente un obstacle dans la pratique.

Le registre des transcriptions contient la copie littérale des actes : les conservateurs ne doivent au public que la copie de leurs registres : demander l'état des transcriptions sur tel individu, c'est donc demander une copie entière de tous les actes de vente où il a pu figurer, depuis un temps indéterminé; car si, pour un état d'inscriptions, les recherches peuvent se borner à dix ans en arrière, il n'en sera pas de même d'un état de transcriptions, si ces transcriptions conservent le privilége, indépendamment de l'inscription d'office, qui, seule, est passible du renouvellement décennal. On voit quels volumes il faudra retirer *et payer* au bureau des hypothèques, si l'on veut connaître au juste la situation hypothécaire de celui avec lequel on veut contracter.

Le projet, converti en loi le 23 mars 1855, avait pressenti le danger. Il proposait que le conservateur, à qui l'on déposerait une copie certifiée de tous les contrats, n'inscrivît sur son registre que des extraits dressés par lui contenant ce qu'il importe de porter à la connaissance des tiers : un règlement d'admi-

nistration publique devait organiser les mesures d'exécution. M. Paul Pont (n° 269) exprime le regret que l'article du projet ait été supprimé; le même regret fut exprimé au cours de la discussion par un des membres de la commission, M. Duclos, qui déclara que, pour lui, la suppression de l'article n'emportait pas la condamnation du système d'insertion par extrait, sur les registres, des contrats présentés en entier au bureau des hypothèques.

Je ne sais si une objection ne serait pas faite de la part des conservateurs, dont la responsabilité serait grandement augmentée par la rédaction de ces extraits, quoiqu'on puisse leur répondre que la rédaction des inscriptions d'office, qui contiennent des indications analogues, leur a été attribuée sans difficulté. Si l'on trouvait toutefois trop lourde la charge qui leur serait imposée, qu'on la laisse aux notaires ou autres officiers publics; chacun agira pour son client et sera responsable envers lui; faire des extraits raisonnés des actes qu'ils ont reçus rentre parfaitement dans le ministère des notaires. Je ne sais même si, avec le dépôt de ces extraits, il serait nécessaire de conserver celui des actes entiers au bureau des hypothèques. Quant aux actes sous seings privés, on devrait les transcrire littéralement, personne ne pouvant recevoir de la loi la mission d'en faire un extrait authentique.

Ainsi se simplifierait, ainsi s'harmoniserait avec la loi de 1855 une des parties les plus importantes de notre système hypothécaire. Que sous le nom de transcription, d'inscription, d'enregistrement, d'insinuation, de notation (tous ces mots sont dans les législations étrangères), une formalité soit imposée, comme notre enregistrement actuel, à tous les contrats translatifs de propriété et à tous actes analogues; que cette formalité, rendue plus simple et moins coûteuse, serve en même temps au double intérêt de l'ancien et du nouveau propriétaire; qu'elle assure et garantisse la propriété de celui-ci, qu'elle conserve et rende publics les priviléges de celui-là; que les registres renfermant ces renseignements soient ouverts à tous; qu'ils se trouvent au même lieu que tous les autres documents sur les charges hypothécaires de la propriété, et l'on aura peut-être approché de bien près des meilleures conditions possibles du régime de publicité et de sécurité qui doit être celui de la loi.

Il reste à prévoir et à trancher une question controversée.

Dans l'état de choses organisé par le Code Napoléon, transcription et inscription d'office, on s'est demandé si, en présence de l'article 2154, sur la durée décennale des inscriptions, celle d'office était soumise à la règle générale, et si elle tombait en péremption à défaut de renouvellement dans les dix ans de sa date. Un avis du Conseil d'État, du 22 janvier 1808, répondit affirmativement. Mais le défaut de renouvellement fait-il tomber le privilége? — Oui, dit M. Troplong (n° 286 *bis*), la transcription ne vaut *que comme inscription*, et elle vaudrait davantage si le bénéfice qu'elle procure n'était pas soumis à la prescription de dix ans; — non, dit M. Paul Pont, la transcription conserve le privilége indépendamment de l'inscription d'office; et, le contrat de vente une fois transcrit, le privilége du vendeur subsiste vis-à-vis des créanciers inscrits du chef de l'acquéreur, et se maintient, sauf les causes d'extinction énumérées dans l'article 2180, au nombre desquelles ne se trouve pas le défaut de renouvellement (n° 274).

Entre ces deux affirmations opposées, il faut que la loi prenne un parti. Mais si le principe de l'article 2154 est maintenu; si les recherches des tiers, si celles des conservateurs doivent s'arrêter à une période de dix ou quinze ans, il semblerait difficile d'excepter de cette règle générale certaines créances qui ne doivent leur position privilégiée qu'à une forme de publicité (mention, inscription ou transcription) semblable aux autres formalités hypothécaires. Ce serait un embarras immense, un défaut d'harmonie entre les parties d'un système complet.

IX. Des lois spéciales ont établi des priviléges au profit du trésor; il a semblé suffisant et juste, en ce qui concerne les immeubles, de n'accorder au trésor que des hypothèques légales, non dispensées de l'inscription, et ne prenant rang que de la date de cette formalité accomplie. Un travail très-complet sur cet objet a été produit par le Conseil d'Etat en 1851.

Le Conseil d'État se fondait sur ce passage significatif de la discussion du Code Napoléon :

« A l'égard du fisc, M. Treilhard ne voit ses droits qu'avec « beaucoup d'intérêt, parce qu'il sait que, sans le secours des « contributions, un état ne peut se maintenir. Cependant il lui « semble que le fisc doit demeurer dans l'ordre commun, et « être traité, relativement à l'exercice de ses droits, comme

« le sont les individus. Cette disposition ne compromettrait « point les revenus publics; l'administration a une foule de « moyens pour prendre ses sûretés..... Si malgré tant de pré- « cautions le trésor public éprouvait encore quelques banque- « routes, elles seraient peu considérables. Le privilége qu'on « réclame pour lui les lui épargnerait peut-être; mais ce ne « serait qu'en ruinant des familles et en rendant le fisc odieux. »

Et le premier consul disait : « qu'il se rend aux raisons qu'on « a proposées pour faire dépendre de la formalité de l'inscrip- « tion l'effet de l'hypothèque légale du fisc; il en pourra résulter « quelques pertes pour l'État; mais cet inconvénient est moins « grand que celui de sacrifier au fisc la sûreté des citoyens... »

On ne cite ordinairement, comme établissant les priviléges du trésor sur les immeubles, que les deux lois du 5 septembre 1807, la première relative aux biens des comptables, la seconde, pour frais de justice criminelle sur les biens des condamnés. Le Conseil d'État, en 1851, porta plus loin ses prévisions, et, coordonnant toutes les lois antérieures desquelles pouvait résulter un droit quelconque sur des immeubles au profit du trésor[1], il reconnaissait un droit d'hypothèque légale sur les biens : — 1° des percepteurs, payeurs, receveurs et autres comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics et de leurs cautions; — 2° de leurs agents ou préposés ayant personnellement géré ou fait la recette; — 3° de toutes personnes qui ont reçu, à quelque titre que ce soit, des deniers publics dont elles n'ont point effectué le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu des effets mobiliers appartenant à l'État, ne les représentent pas ou ne justifient pas de l'emploi qui leur a été prescrit; — 4° de tous les redevables, débiteurs et cautions de droits de douanes, d'octrois et autres contributions indirectes qui ont obtenu un crédit, et qui n'ont pas acquitté à l'échéance le montant de leurs soumissions ou obligations[2]; — 5° de tous entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et traitants, qui ont passé des marchés ou traités intéressant l'État, les com-

[1] Quand on parle du Trésor, on entend non-seulement le trésor public proprement dit, mais encore le trésor de la couronne (Avis du Conseil d'État du 25 février 1808); mais aussi les départements, les communes, les établissements publics.

[2] Ne devrait-on pas ajouter à cette énumération, déjà bien longue, les adjudicataires de coupes de bois et leurs cautions ?

munes [1], et qui sont déclarés débiteurs par suite de leurs entreprises et de leurs cautions ; — 6° de leurs agents et préposés qui ont personnellement géré l'entreprise, et de toutes personnes déclarées responsables des mêmes services.

Et pour rassurer les tiers, qu'une si longue liste aurait pu à bon droit effrayer, l'article 2165 du projet était ainsi conçu :

« L'inscription de l'hypothèque légale au profit de l'État, « des départements, des communes et des établissements pu- « blics, sera prise pour les sommes déterminées par les con- « traintes administratives, ou par les décisions rendues au « contentieux par les autorités administratives compétentes ; « elle devra contenir la désignation de chacun des immeubles « sur lesquels elle portera. »

Cette rédaction à laquelle adhérait le ministre des finances sauvegardait tous les droits du fisc, et ne menaçait pas ceux des tiers, grâce aux conditions de publicité, de spécialité, de détermination de sommes qu'on y avait sagement insérées.

Quant aux droits du trésor sur les biens des condamnés, ce n'était en réalité, malgré le nom de *privilége* que leur donnait la loi de 1807, qu'une hypothèque judiciaire, mais qui avait le grave inconvénient de jouir d'un effet rétroactif. L'inscription, si elle était prise dans les deux mois du jugement de condamnation, remontait à la date du mandat d'arrêt. Cette disposition exorbitante devait disparaître, et, sauf les cas de fraude, l'hypothèque du trésor ne pouvait prendre rang que du jour de son inscription ; retour au droit commun, parfaitement justifié.

X. Faut-il, avec le Code Napoléon, qualifier de *privilége* le droit de demander la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier? Ce n'est peut-être là qu'une dispute de mots. Car si l'on objecte qu'un privilége est un droit de préférence entre les créanciers d'un même débiteur, ne peut-on pas répondre que précisément, par la mort de son auteur, et en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, l'héritier est ce débiteur unique devenu, par la force de la loi, propriétaire de tous les biens de la succession et obligé à toutes les dettes, que c'est donc réellement entre deux classes de ses créanciers personnels que la loi a établi une cause de préférence, un privilége. Au surplus, si l'on n'est pas d'accord sur le mot, on est d'accord sur la chose, et c'est l'essentiel.

[1] Et les départements, sans doute.

Le droit de demander la séparation est réglé par les articles 878-881, au titre des Successions; l'article 2111 ne s'occupe que de la publicité à donner à la demande dans l'intérêt des tiers. La publicité était nécessaire pour avertir ceux qui auraient à traiter avec l'héritier, pour leur dire que les biens de la succession qu'il vient de recueillir sont affectés à des dettes qui passeront avant celles qu'il pourrait personnellement contracter, pour empêcher qu'il ne présente comme libres ces biens de succession qui lui procureraient un crédit bientôt suivi de déception.

Mais il fallait, en même temps, imposer aux créanciers de la succession un délai assez bref pour se faire connaître, pour manifester leur volonté d'user de la préférence que la loi leur accorde; car, tant que cette manifestation de volonté n'a pas eu lieu, les biens de la succession sont, pour tout homme prudent, hors du commerce. Le délai fixé par le Code Napoléon est de six mois. Le projet de 1849 maintenait le même délai; mais le Conseil d'État, adoptant une addition proposée par le gouvernement, tendant à prohiber pendant ce temps non-seulement les hypothèques, mais encore les aliénations des biens de la succession au préjudice des créanciers du défunt, considérant que tous les biens passeraient successivement par cette période d'inaliénabilité de six mois, pensa qu'on pouvait réduire à trois mois la durée du délai dont il s'agit. Cette rédaction ne présenterait aucun inconvénient.

Il est une position plus difficile : l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire.

La jurisprudence a établi que l'acceptation bénéficiaire d'une succession produirait les mêmes effets que la demande en séparation des patrimoines; que ce résultat étant produit par la force même de la loi, qui ne confond pas le patrimoine du défunt avec celui de l'héritier bénéficiaire, il n'était pas besoin de demander une séparation qui existait de plein droit; que par conséquent l'article 2111 n'avait pas d'application possible dans ces circonstances, et que la séparation existait sans avoir besoin de publicité dans un délai déterminé.

La jurisprudence a encore admis que ces effets de l'acceptation bénéficiaire explicite étaient également produits par l'acceptation bénéficiaire tacite, celle qui résulte de la minorité des héritiers, ou même seulement de l'un d'eux.

Et les arrêts qui ont fondé cette doctrine ne méritent pas peut-être les reproches que quelques-uns d'entre eux ont reçus de la part de plusieurs jurisconsultes.

On ne conteste pas les effets de l'acceptation bénéficiaire, qui, s'opposant à la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier, rend inutile la procédure imaginée pour empêcher cette confusion qui serait de droit dans les cas ordinaires. A proprement parler, on ne devrait même pas prononcer ici le mot de séparation de patrimoines : on ne sépare pas ce qui a toujours été séparé.

Ce qui paraît plus difficile à accepter, c'est l'assimilation au cas de minorité des héritiers, et surtout lorsqu'un seul des héritiers est mineur. Cependant la Cour de cassation n'a pas hésité [1]. Ce qu'on accorde au cas d'acceptation bénéficiaire, on ne peut le refuser au cas de minorité, puisque le mineur ne peut pas accepter autrement; et, ce point établi, comme la minorité d'un seul héritier emporte jusqu'au partage nécessité d'une administration commune de toute la succession; comme on ignore quels objets tomberont dans le lot du mineur, qui a des droits indivis dans toutes les valeurs de la succession; comme on ne pourrait pas dire quels biens, comme appartenant aux majeurs, seraient affranchis du privilége de la séparation; comme il serait impossible d'exécuter l'article 2111 vis-à-vis des majeurs, en prenant inscription sur chacun des immeubles qui leur appartiennent, on a pu juger que *tant que durait l'indivision* la succession était bénéficiaire, administrée bénéficiairement au profit des créanciers du défunt, auxquels le compte en était dû. — J'ai dit : *tant que durait l'indivision*; tel est le dernier mot de la Cour de cassation [2], et cette restriction est juste et rationnelle, l'indivision ayant été cause de la situation faite à tous les biens de la succession à raison de la minorité d'un seul; avec la cause doit cesser l'effet.

Mais si la jurisprudence peut se défendre par les textes de loi qu'elle a dû appliquer, ce n'est pas à dire qu'il n'en résulte pas des conséquences fâcheuses.

[1] Arrêts du 18 novembre 1833 (S., 33, 1, 817); — du 11 décembre 1854 (S., 55, 1, 277); — du 3 août 1857 (S., 58, 1, 286).

[2] Arrêt du 25 août 1858 (S., 59, 1, 65).

Au cas de séparation de patrimoines proprement dite, on a senti la nécessité de soumettre à la publicité et à un délai restreint le fait qui soustrait pour un temps au commerce, aux transactions, les biens d'une succession; et voilà que le même résultat sera atteint sans publicité, pour un temps indéterminé, en vertu de circonstances que les tiers peuvent parfaitement ignorer, une minorité, une indivision, une acceptation bénéficiaire! Donc, difficultés pour les tiers, atteinte aux intérêts généraux de la transmissibilité des biens. Difficultés aussi pour les créanciers de la succession, en faveur desquels le droit ou privilége est établi. Ils compteront, je le suppose, sur une acceptation bénéficiaire qu'ils connaissent, et ne feront rien pour assurer l'exercice de leur droit; puis, à leur insu, l'héritier bénéficiaire deviendra héritier pur et simple, une majorité, un partage, un décès viendront faire disparaître les sûretés sur lesquelles ils comptaient. Danger des deux parts.

Aussi, dans la pratique, conseille-t-on aux créanciers de recourir aux formalités de l'article 2111, lors même que, se trouvant en face d'une acceptation bénéficiaire, ils peuvent croire n'en avoir pas besoin. (Marcadé, t. III, n° 401. — M. Paul Pont, n° 801.)

Dans l'intérêt de tous, il serait donc à propos d'adopter l'addition à l'article 2111, proposée par la commission de l'Assemblée législative en 1851.

« L'inscription sera nécessaire, lors même que la succession « aurait été acceptée sous bénéfice d'inventaire. »

XI. Est-ce ici la place d'une disposition que personne ne conteste, et qui aurait pour objet de transférer les priviléges et hypothèques grevant les immeubles sur l'indemnité accordée par les compagnies d'assurance en cas d'incendie?

La commission législative de 1851 l'avait ajoutée à la suite de l'article 2094.

Le gouvernement et le Conseil d'État en faisaient une exception au § 1er de l'article 2180 : les priviléges et hypothèques s'éteignent : 1° par la perte ou la destruction de la chose hypothéquée. — *Néanmoins ce qui peut en rester, et les indemnités dues au débiteur, seront affectés au payement des créances privilégiées et hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles.*

Quel que soit l'article auquel on rattache cette addition, elle

est juste et nécessaire; on est obligé aujourd'hui d'y suppléer par des déclarations et des formalités gênantes. SÉVIN.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. DOLLINGER, juge suppléant au tribunal de première instance de Mulhouse.

(*Suite* [1].)

SECONDE PARTIE.

DU SYSTÈME DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES D'APRÈS LE CODE NAPOLÉON.

CHAPITRE I.

Des personnes appelées à profiter de la séparation.

§ 1. — *Des créanciers.*

46. D'après l'article 878 (C. Nap.), qui s'exprime d'une manière très-générale, il est évident que tous les créanciers du défunt sont admis à user de la séparation des patrimoines, sans qu'il y ait lieu à distinguer si leurs créances sont ou non exigibles. Le créancier à terme, lors même que le terme n'est point encore arrivé, le créancier conditionnel, lors même que la condition ne s'est pas encore réalisée, sont traités sur le même pied que les créanciers purs et simples [2]. Seulement, si la créance est incertaine, les créanciers personnels de l'héritier peuvent être autorisés à se faire payer provisoirement sur les biens de la succession, sauf à donner caution pour assurer la restitution de ces valeurs, dans le cas où la condition viendrait à s'accomplir; et réciproquement, selon la nature de l'événe-

[1] V. tome XIII, page 146.

[2] L. 4, *pr.*, D., *De separ.*

ment qui suspend le droit des créanciers du défunt, les tribunaux pourront les remplir de leur prétentions, à charge aussi de leur faire donner caution pour le cas où la condition viendrait à défaillir.

Mais, en aucun cas, les créanciers du défunt qu'un terme ou une condition empêchent d'exercer leurs droits immédiatement ne pourraient exiger cette caution de l'héritier lui-même. D'un côté, en effet, la loi n'a organisé nulle part une semblable procédure, dont le but purement conservatoire affecterait pourtant la saisine et le droit inhérent à la qualité d'héritier de disposer des biens de la succession (n° 87); et de l'autre, il serait contradictoire de séparer le patrimoine du défunt de celui de l'héritier, et d'imposer ensuite à ce dernier une obligation qu'il ne subit pas lui-même. Aussi la Cour de Paris, dans un arrêt du 31 juillet 1852 [1], a-t-elle décidé, en conformité de ces principes, que le légataire d'une rente viagère ne peut exiger, en l'absence de créanciers de l'héritier, une caution de ce dernier pour s'assurer le payement des arrérages de cette rente. Nous aurons, du reste, occasion de revenir plus tard sur cet arrêt et de discuter plusieurs autre points qu'il a en même temps résolus (n° 106).

47. Le droit de séparation est indépendant de l'hypothèque, et résulte de la seule qualité de créancier du défunt [2]; d'où il suit que les créanciers, hypothécaires ou privilégiés ne seront pas exclus pour cela du bénéfice de la séparation; mais la plupart du temps ils n'y trouveront pas d'autre avantage que celui de se garantir des conséquences du principe suivant, qui n'est écrit dans aucun article du Code Napoléon, mais qui est admis implicitement par plusieurs d'entre eux [3], à savoir : que l'hypothèque générale, laquelle vient atteindre des biens dont le débiteur n'est devenu propriétaire que depuis qu'elle a été consentie, confère au créancier, sur ces biens, le même rang

[1] Sir., 1852, II, 604.

[2] Domat, *Lois civ.*, *De la sépar.*, sect. 1, n° 2.

[3] C. Nap., art. 2123 et 2134, 2135, 2122 et 2148.

Ce principe est reconnu virtuellement par un arrêt de la Cour de Grenoble, en date du 11 mars 1854 (S., 1854, II, 737), qui paraît cependant admettre, d'une manière générale, que le créancier hypothécaire n'a jamais besoin de recourir à la séparation. Ce qui est dit au texte suffit pour faire ressortir le danger de cette jurisprudence.

que s'ils avaient fait partie du patrimoine du débiteur avant que cette hypothèque eût été établie.

C'est ainsi que les créanciers hypothécaires généraux de l'héritier pourront primer, même sur les biens de la succession, les créanciers du défunt dont l'hypothèque est postérieure en date à celle des premiers. La séparation empêchera seule cette prééminence, outre qu'elle fera acquérir une sorte de privilége même sur les biens de la succession qui n'ont pas été hypothéqués à la créance.

Comme on le voit, le droit actuel s'écarte ici de la doctrine suivie par la majorité des auteurs de l'ancienne jurisprudence française, qui ne trouvaient pas nécessaire d'invoquer le principe de la séparation contre les hypothèques générales consenties par l'héritier sur ses biens présents et à venir (n° 38); mais les principes qui régissent aujourd'hui notre système hypothécaire ne laissent planer aucun doute sur cette solution.

48. Mais il est positif que c'est surtout en faveur des créanciers chirographaires que la séparation a été imaginée, puis transportée dans notre législation; c'est donc surtout à eux qu'il importe le plus de prendre les mesures nécessaires pour conserver le seul moyen d'éviter un concours ou même une préférence désastreuse.

Du reste, ce droit existe pour eux de la manière la plus large. Ainsi un créancier du défunt deviendrait-il son héritier pour partie qu'il pourrait encore, pour la portion non confondue, user de la séparation contre les créanciers de tous ses cohéritiers ou seulement de l'un d'eux [1]; car la confusion ne s'est opérée en lui que pour la portion de la créance dont il était tenu comme héritier; et il jouit pour le payement de cette créance, déduction faite de sa part virile, des mêmes droits que tout autre créancier [2].

49. Ainsi encore, lorsqu'un créancier principal devient l'héritier de sa caution, la confusion qui s'est opérée en lui, éteint l'obligation de la caution qui se trouve comme absorbée par l'obligation principale, *quæ major fuit, plenior fuit*; parce qu'on ne peut être sa propre caution. Cependant les effets de cette confusion, si préjudiciable au créancier, ne vont pas plus loin et n'affectent pas les accessoires de l'obligation : de telle sorte que

[1] Const. 7, C., *De bon auct. jud. poss.*

[2] V. Pothier, *Success.*, art. 4. et aussi C. Nap., art. 873.

l'obligation du certificateur [1], les gages, les hypothèques et autres garanties fournies par la caution elle-même ne sont point éteintes [2]. Le créancier, s'il veut se ménager la caution, peut le faire au moyen de la séparation du patrimoine de la caution d'avec celui du débiteur principal, son héritier; c'est ce que décidait déjà Papinien [3], dans une législation qui proclamait pourtant l'extinction de l'obligation du certificateur [4], et rien ne doit nous faire supposer que notre Code ait entendu rejeter cette manière de voir; car il serait trop rigoureux de faire retomber sur un créancier prudent les effets d'une confusion qu'il n'était pas en sa puissance de prévoir ni d'éviter.

Domat nous dit à ce propos que l'on doit adopter *à fortiori* une décision analogue pour le cas où la caution succéderait au débiteur [5].

50. Remarquons en passant que la caution qui a payé la dette du défunt étant, en vertu de l'article 2029, subrogée à tous ses droits, pourra exercer la séparation comme tout autre créancier de la succession, quand bien même le payement n'aurait été effectué qu'après le décès du *de cujus*.

51. Lorsque deux successions respectivement débitrices l'une de l'autre se sont confondues en la personne d'un même débiteur, comme dans le cas où un enfant trouve, dans l'hérédité maternelle, des actions en reprises qui compètent contre son père dont il recueille aussi la succession, la séparation des patrimoines fera revivre activement et passivement, pour les créanciers et débiteurs de chaque succession, les dettes qui existaient primitivement, et spécialement les reprises de la mère, qui sans cela restaient confondues et éteintes pour l'enfant.

52. Par une raison analogue, quand les biens d'une succession passent de l'héritier à son héritier et de ce dernier à ses successeurs, de sorte que la première succession et les suivantes se trouvent confondues dans les mains des héritiers subséquents, les créanciers de chacune d'elles pourront en

[1] C. Nap., art. 2035.
[2] L. 38, § 5, *in princip.*, D., *De solution.*
[3] L. 3, *pr.*, D., *De sep.*
[4] L. 38, § 5, *in fine*, D., *De solution.*
[5] Domat., *Op. et loc. cit.*, sect. 1, n° 8.

suivre les biens d'un héritier à l'autre et les faire séparer de leurs patrimoines respectifs [1], sauf dans le cas où le droit de séparation se trouverait éteint par l'une ou l'autre des causes que nous examinerons plus tard (nos 72 et suiv.).

53. Si la puissance de la séparation est telle qu'elle empêche l'extinction des dettes et créances faisant respectivement partie de chaque succession, avant l'événement qui en a opéré la fusion, on trouvera tout naturel d'admettre aussi que les créances que le défunt avait contre l'héritier, créances éteintes en la personne de ce dernier par l'ouverture de la succession, revivent par suite de la séparation; car la confusion, dans cette hypothèse, ne doit être ni plus radicale ni plus irrévocable que celle qui s'opère entre deux personnes dont l'une est débitrice et plus tard héritière de l'autre. Aucun texte du Droit romain, il est vrai, n'a prévu cette espèce, et le président Favre [2] censure très-spirituellement quelques praticiens contemporains qui, à ce qu'il paraît, avaient pensé que la confusion dont parle la loi 1, § 12 (*De sep.*) n'était autre chose que celle que produirait l'adition d'hérédité, et en avaient tiré des conséquences absurdes. Mais ce silence n'est pas embarrassant, et nous serions plutôt tenté de l'expliquer par l'évidence même de l'extension dont il s'agit. Aussi les auteurs français plus récents n'ont-ils pas hésité à l'accepter, comme on peut le voir dans Ferrières [3] *et* dans Lebrun [4]. Voici, au surplus, ce qu'en pensait ce dernier jurisconsulte lui-même : « .....C'est « pourquoi il semble qu'au moment où la separation est or- « donnée, les actions qui avaient été confuses par l'adition « *commencent à revivre*, parce que tant que le titre qui doit « faire la confusion n'est pas incommutable, la confusion ne « l'est pas non plus. »

Nous ne trouvons point de texte qui puisse nous faire supposer que le Code se soit départi de cette manière de voir, et un seul auteur de notre époque, M. Hureaux, dans ses *Études sur le Code civil* [5], veut que les créances de la succession soient irrévocablement éteintes par la confusion opérée entre

[1] Domat., *ibid.*, n° 7, et L. 1, § 8, D., *De sep.*
[2] *De err. pragm.*, déc. II, err. 2, n° 10.
[3] Sur l'article 584 de la *Cout. de Paris*, n° 33.
[4] *Loco cit.*, n° 28.
[5] N° 314.

le créancier et le débiteur, dont l'un est devenu héritier de l'autre, tandis qu'il professe dans un autre passage de son livre [1] une opinion tout opposée, pour le cas où la confusion s'opère entre deux personnes débitrices d'un tiers, et en même temps héritières l'une de l'autre; et tout cela sur ce seul fondement que « dans cette dernière espèce la confusion ne peut « porter préjudice au créancier dont la position se trouve mo- « difiée par une circonstance indépendante de sa volonté.....; » comme si la saisine ou l'acceptation de la part de l'héritier n'était pas non plus faite sans la participation du créancier, ou plutôt en dépit de sa volonté, et devait pour cela le priver davantage des garanties que peut faire évanouir complétement la substitution d'un nouveau débiteur à celui avec lequel il avait originairement contracté! Comme si l'on ne pouvait pas aussi appliquer à notre hypothèse ces paroles du jurisconsulte romain dans la loi 3, *Princ.*, bien qu'écrites pour une hypothèse différente : ***Neque ratio juris damno debet afficere creditorem qui sibi diligenter prospexerat!*****.....**

Les motifs sur lesquels M. Hureaux étaye son opinion sont, à notre avis, bien peu concluants. Il invoque d'abord le texte du Code lui-même, qui range la confusion au nombre des causes d'extinction des obligations [2]; mais tout le monde reconnaît que ce mode n'est point aussi radical que les autres, notamment que la compensation à laquelle l'assimile pourtant notre adversaire : la confusion a plutôt pour effet de soustraire aux conséquences de l'obligation la personne en qui elle s'est opérée, que d'éteindre, à l'instar du payement, la dette elle-même : ***confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem,*** dit la loi 71, D., *De fidejuss.* La double position dans laquelle l'héritier se trouve à la fois débiteur et créancier de sa propre personne, doit se scinder de nouveau, lorsque la cause productrice de cette réunion vient à cesser; aussi l'on décide généralement que l'indignité de l'héritier, la révocation de son acceptation, etc., font revivre les obligations réciproques qui liaient les deux patrimoines. Pourquoi n'en pas dire autant de la séparation? .....Il y a mieux : le bénéfice d'inventaire lui-même (c'est la loi qui le dit formellement dans l'article 802-2°) est un obstacle à la confusion, et nous ver-

[1] N° 315.

[2] C. Nap., art. 1300.

rons plus tard qu'il y a une grande affinité dans cet état avec celui qu'engendre la séparation des patrimoines, au moins en ce qui concerne les créanciers; il est donc rationnel de faire participer les créanciers au même avantage que l'héritier, et de leur donner comme à celui-ci *le droit de réclamer contre la succession le payement de leurs créances.*

M. Hureaux nous dit encore que si l'héritier peut faire valablement *medio tempore* tous les actes d'administration et de disposition que bon lui semble, s'il peut confondre avec ses propres biens les créances dues au défunt, il doit pouvoir se payer à lui-même, pour ainsi dire, et par confusion, la créance successorale dont il est devenu seul propriétaire. Mais c'est encore là une assimilation abusive; car l'héritier, qui peut opérer impunément la confusion de ses propres biens avec ceux de la succession, crée seulement une situation de fait que les créanciers sont obligés de respecter, faute de trouver une base propre à asseoir leur séparation. Celle-ci n'est impossible que parce que la distinction des biens l'est aussi. Mais si on peut l'empêcher de consommer cette confusion, pourquoi ne laisserait-on pas non plus aux créanciers le droit de l'empêcher de se payer, si les deux facultés laissées à l'héritier sont aussi corrélatives que le suppose notre auteur?

La saisine qu'il met en avant, et qui investit l'héritier de tous les droits actifs du défunt, ne prouve rien ici; car la séparation est précisément le remède légal contre ce qu'elle pourrait avoir de désastreux pour les créanciers, et nous sommes loin de croire que la dégénérescence que cette séparation a subie depuis son origine, ait été assez radicale pour rendre illusoire et sans intérêt la distinction des créanciers de la succession et des créanciers de l'héritier; nous pensons, au contraire, qu'il importe toujours aux premiers de pouvoir exercer les actions du défunt sans être réputés exercer en même temps les actions de l'héritier.

Notre question, au surplus, s'est présentée devant le tribunal d'appel de Paris, et a été résolue dans le sens de notre opinion, peu de jours seulement après la promulgation des textes du Code qui peuvent servir dans cette discussion. L'espèce a dû être jugée d'après les anciennes lois en vigueur à l'époque de l'ouverture de la succession [1]; mais comme ces articles ne sont

[1] V. des applications de ce principe dans les arrêts suivants : Caen, 2 dé-

qu'une reproduction des principes de l'ancien droit, la discussion a conservé toute sa valeur et mérite d'être recueillie. — Une dame d'Hornoy instituée par son aïeule légataire d'une somme de 100,000 francs, n'avait point été payée du capital, et n'en avait reçu que les intérêts annuels des héritiers et de leurs successeurs chargés d'acquitter ce legs. A la mort du sieur de Savalette, fils de la testatrice et détenteur de la succession, la dame d'Hornoy forma une demande en séparation du patrimoine de ce dernier d'avec celui de sa mère; or la succession ne se composait en actif que de deux contrats de rente constitués au profit de la défunte dame de Savalette par son fils et héritier, et les créanciers de celui-ci contestèrent le droit d'invoquer la séparation, entre autres sur ce motif qu'il y avait eu confusion et que l'acceptation du sieur de Savalette, débiteur des rentes, avait dû éteindre en lui cette créance, en sorte que la séparation se serait trouvée dès lors sans objet. Mais le Tribunal de la Seine, et après lui le Tribunal d'appel de Paris, n'accueillirent point ces raisons, et validèrent la séparation de la demanderesse [1].

54. Les créanciers d'un absent n'ont pas besoin de réclamer la séparation, lorsqu'il n'y a encore qu'envoi en possession provisoire : la caution à fournir par les héritiers envoyés en possession suffira largement pour garantir la créance contre des actes qui ne peuvent d'ailleurs tendre qu'à l'administration des biens; et si les envoyés voulaient en faire d'autres, les créanciers ne seraient en aucune façon tenus de les respecter; mais ce ne serait jamais la séparation qui pourrait leur servir dans ce cas, parce que, comme nous le verrons plus tard (n° 85), elle demeure sans efficacité contre les actes d'aliénation. Si enfin les héritiers, loin de poursuivre la déclaration d'absence, prenaient possession de fait des biens de l'absent, et répudiaient ainsi, au détriment des tiers, la qualité d'envoyé provisoirement en possession et les obligations qu'elle entraîne, les créanciers pourraient encore soit provoquer la nomination d'un curateur aux biens, conformément à l'article 112 du Code Napoléon, soit faire prononcer eux-mêmes la déclaration d'ab-

cembre 1826 (S., *Coll. nouv.*, 8, II, 294); Toulouse, 26 mai 1820 (S., *Coll. nouv.*, II); Bordeaux, 14 juillet 1836 (S., 1837, II, 229).

[1] Paris, 14 floréal an XI (S., 1, II, 135). La promulgation du titre *Des successions* est du 9 floréal.

sence, afin de pouvoir exiger des héritiers envoyés les garanties légales. Dans toutes ces hypothèses, par conséquent, point de séparation de patrimoines.

Mais lorsqu'il y aura eu envoi définitif, la séparation sera utile aux créanciers : car un pareil envoi donne ouverture aux droits subordonnés au décès de l'individu ; les cautions sont d'ailleurs déchargées [1], et les héritiers restent désormais seuls en présence des créanciers de l'absent.

55. Nous venons de parcourir les principales hypothèses où les créanciers du défunt sont appelés à profiter de la séparation ; le Code a voulu éviter les longues controverses de l'ancienne jurisprudence sur les droits des créanciers de l'héritier (n° 31), et, dans l'article 881, il ne les admet point à user de ce bénéfice contre les créanciers de la succession, en revenant ainsi purement et simplement à la loi romaine [2] (n° 5). Cette doctrine, d'ailleurs très-sage et très-rationnelle (puisque les créanciers de l'héritier n'ont pas eu à subir, comme les autres, un changement forcé de débiteur, et qu'ils ne doivent par conséquent pas avoir de remède contre les actes de nature à diminuer sa solvabilité), cette doctrine, disons-nous, avait pourtant encore des détracteurs à l'époque où il s'agissait chez nous de l'ériger en loi. Et s'il ne paraît pas que l'article 881 ait été beaucoup critiqué au Conseil d'État [3], on peut voir en revanche, dans les observations des tribunaux d'appel sur le projet du Code, que plusieurs d'entre eux, notamment ceux d'Aix, de Bourges, de Nîmes et de Rennes, avaient proposé de suivre les errements de l'ancienne jurisprudence ; mais les motifs qu'ils alléguaient, pour faire participer les créanciers de l'héritier au droit de séparation, étaient en général bien peu concluants, et souvent même inexacts : témoin l'observation du tribunal d'Aix, qui invoquait l'autorité du Droit romain, tandis que la loi 1, § 2, dit tout le contraire, et celle du Tribunal de Bourges, qui pensait que le créancier ne pouvait empêcher son débiteur d'accepter une succession onéreuse, tandis qu'il nous semble bien difficile d'ôter à celui-ci cette liberté, si elle n'est entachée de mauvaise foi, puisque *licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem*

[1] C. Nap., art. 129.
[2] L. 1, § 2, D., *De separat.*
[3] V. Locré, *op. cit.*, t. IX, 2e part., comm. V, nr 27.

conditionem, et que d'ailleurs l'action Paulienne offre un secours énergique contre la mauvaise foi de cet héritier.

56. Aussi, sous l'empire du Code, ne refuse-t-on pas aux créanciers de l'héritier le droit de faire rétracter une acceptation frauduleuse de la part de leur débiteur. Déjà ce point n'avait pas échappé à Ulpien; mais le jurisconsulte romain pensait que la voie révocatoire ne devait être, en pareil cas, que très-difficilement ouverte à ces créanciers; cette réserve était approuvée et suivie par Lebrun et Pothier (n^os^ 5-2° et 32). Aujourd'hui le doute ne serait plus permis en présence du texte positif et général de l'article 1167, et nous ne connaissons point d'auteur qui en ait nié l'application à cette matière. C'est donc bien à tort que M. Dufresne [1] range M. Chabot dans la catégorie des opposants; en effet, le passage de son *Traité des successions* auquel il est fait allusion, et que nous transcrivons en entier ici, enseigne au fond la même doctrine que les autres jurisconsultes [2] :

« Il est bien dit dans l'article 788 que les créanciers du suc-
« cessible peuvent faire révoquer, dans leurs intérêts, la re-
« nonciation qu'il a faite à la succession qui lui était échue,
« et se faire autoriser à accepter la succession en son lieu et
« place; mais il n'est dit dans aucun des articles soit du titre
« *Des successions*, soit des autres titres du Code, que les créan-
« ciers personnels de l'héritier qui a accepté une succession,
« aient le droit de faire révoquer cette acceptation ou d'en em-
« pêcher les effets, et au contraire, il est de principe élémen-
« taire que l'acceptation d'une succession est irrévocable, sous
« la seule exception énoncée dans l'article 783. »

L'auteur n'a voulu dire ici qu'une chose, c'est que l'acceptation est un acte que l'on ne peut plus détruire, et que les créanciers n'ont que la faculté d'écarter les effets désastreux qu'elle pourrait avoir pour eux, même seulement dans certains cas particuliers. En effet, son idée se trouve développée dans les phrases suivantes que M. Dufresne ne semble pas avoir méditées : « ..... Cependant s'il était prouvé qu'un individu
« n'avait accepté une succession évidemment mauvaise que
« par suite d'une connivence frauduleuse avec les créanciers
« de la succession, il faut bien convenir que ces créanciers

[1] *Traité de la sép. des patr.*, n° 25.
[2] *Op. cit.*, sur l'art. 881, n° 2.

« ne devraient pas être admis à exercer des droits sur les « biens personnels de l'héritier, au préjudice de ses créanciers « personnels qui auraient des titres antérieurs à l'accepta- « tion..... » Et plus bas : « ..... *Mais ce serait uniquement en « vertu de l'action résultant de la fraude* que les créanciers du « défunt pourraient être écartés par les créanciers person- « nels....., etc. »

C'est donc bien là reconnaître aux créanciers le droit d'attaquer l'acceptation, et le premier fragment cité doit être entendu en ce sens, que l'action Paulienne ne peut avoir pour conséquence de détruire l'acceptation qui est irrévocable, mais seulement d'en paralyser les effets préjudiciables aux créanciers de l'héritier. Mais M. Chabot semble par là, et c'est son unique tort, faire une distinction entre l'acceptation et la renonciation, distinction qui tend à présenter la révocation du chef des créanciers comme opérant d'une manière plus restreinte quant à la première que quant à la seconde : et tout cela, sur le seul motif que l'acceptation en principe est irrévocable, tandis que la renonciation ne l'est pas; comme si la rétractation de cette renonciation n'avait pas lieu ici uniquement dans l'intérêt des créanciers, de même que la rétractation de l'acceptation, du reste; il ne peut donc y avoir là de différence dans les droits des créanciers. Au surplus, ce point est étranger à la question qui nous occupe.

Reconnaissons donc que tous les créanciers de l'héritier auront le droit de faire rétracter l'acceptation frauduleuse d'une succession de la part de leur débiteur, et écarter ainsi le concours des créanciers de la succession sur les biens propres de l'héritier. Que si l'article 788 ne parle pas de cette faculté, c'est que les rédacteurs ont jugé inutile de l'y mentionner, parce qu'ils se référaient alors au principe général énoncé en l'article 1167, tandis qu'on aurait pu douter, en présence des textes relatifs à l'action Paulienne romaine, que le créancier chez nous pût faire révoquer des actes négatifs de son débiteur, tels qu'une renonciation à l'hérédité.

Mais, pour exercer l'action révocatoire, il faudra établir la fraude de l'héritier, la complicité des créanciers du défunt et le préjudice qui s'en est suivi : triple exigence qui rendra assez souvent illusoire la mise en œuvre de ce moyen; à défaut de quoi, il ne restera au créancier que la ressource d'intervenir à

58. Aussi repoussons-nous encore toute séparation au profit des créanciers d'une donation à titre universel, et, à plus forte raison, d'une donation à titre particulier, même de biens présents et à venir, ou de biens compris dans un partage d'ascendant. La première entraîne avec elle, il est vrai, obligation de payer les dettes proportionnellement à la part d'actif entrée dans le patrimoine du donataire; mais nous avons déjà jugé cette raison insuffisante pour les legs, même universels, qui n'emportent pas saisine, et nous n'hésiterons pas pour les donations; puisque, en interrogeant les anciens auteurs, nous voyons que le donataire de biens présents et à venir (et *a fortiori* le donataire universel de biens présents seulement) n'était considéré que comme un simple successeur aux biens, ne représentant nullement la personne du donateur, et qu'il pouvait se soustraire à l'action des créanciers de ce dernier en leur abandonnant les biens donnés, sans même avoir besoin de déclarer qu'il acceptait sous bénéfice d'inventaire [1]; et en présence de la disposition du Code qui prescrit la formation d'un état des dettes [2], il est impossible d'admettre que le donateur ait voulu faire un héritier, lorsqu'il ménage à son donataire un droit de division et d'option incompatible avec la qualité d'héritier.

Les partages d'ascendant opérés par acte de dernière volonté ne sont pas régis par ces principes; car, n'étant qu'un règlement anticipé de la succession qui va s'ouvrir à la mort de cet ascendant, ils ne modifient en rien les règles sur la saisine et la confusion des patrimoines qui se produisent dans toute autre succession non partagée par le défunt lui-même. La séparation, quand elle est possible pour celle-ci, le sera toujours pour ceux-là, sans qu'on doive avoir égard à cet acte qui ne pouvait en changer le caractère.

59. Ce que nous venons de dire nous dispenserait, à la rigueur, de passer à d'autres hypothèses où la séparation a encore été proposée, et qui s'écartent de plus en plus du seul point de départ que les textes nous présentent. Ainsi l'on a prétendu qu'il était possible de faire distinguer, par la séparation, la communauté du patrimoine de la femme, l'actif social du patri-

[1] Ferrières, sur l'article 334 de la *Cout. de Paris*, n° 11; Coquille, *Quest.*, n° 138; Brodeau, *sur Loüet*, lettre D, somm. LIV, n° 4, etc.

[2] Art. 1084.

moine de l'associé. Les termes de la loi ne se prêtent plus à une interprétation favorable à cette solution; cependant, comme l'esprit d'analogie pourrait encore laisser quelque doute à cet égard, nous croyons devoir entrer dans l'examen de l'une et de l'autre question.

PREMIÈRE QUESTION. *La séparation est-elle possible en matière de communauté?* — Ce point a été encore peu examiné par les auteurs, et à notre connaissance il ne s'est présenté que devant une seule Cour, celle de Caen [1]; encore la solution affirmative qu'elle lui donne dans les motifs de l'arrêt n'était-elle point le véritable objet du débat. Et une jurisprudence très-répandue qui préfère les créanciers de la communauté aux créanciers personnels de l'un ou de l'autre des époux sur les biens de cette communauté [2], au moins jusqu'au partage de l'actif [3], ôte toute utilité à la séparation que voudraient exercer les créanciers de la communauté contre les créanciers propres de la femme. Aussi, réduite à ces termes, la question n'offrirait pas beaucoup d'intérêt : mais elle se présente sous une forme plus complexe. Distinguons d'abord deux hypothèses, selon que la communauté s'est dissoute par la mort de la femme, selon qu'elle s'est dissoute par toute autre cause.

I. La mort de la femme met en présence trois masses qui sont toujours confondues de fait, au moins quand les héritiers ont accepté la communauté (car en cas de renonciation, il n'y a plus de question), mais qu'il pourrait y avoir intérêt à séparer :

1° Les biens de la communauté, c'est-à-dire la part de la femme dans cette communauté;

2° La succession de la femme, c'est-à-dire ses propres;

3° Les biens personnels des héritiers qui ont accepté l'une ou l'autre des deux masses précédentes.

Il s'agit d'abord de savoir si ces trois universalités peuvent exister chacune isolée des autres, en sorte que la séparation pourrait les distinguer en fait, et les faire jouir de cette vie propre qui seule leur donne une personnalité juridique.

Or, nous n'hésitons pas à le dire, il ne peut en être ainsi des deux premières, et la part de la femme dans la communauté

[1] 13 novembre 1844 (S., 1846, II, 31).

[2] Bordeaux, 23 janvier 1826 (*Journ. du Pal.*, 3e édit., 1826, p. 82).

[3] Bordeaux, 6 juillet 1832 (S., 1833, II, 54).

que l'on a l'habitude de distinguer analytiquement et pour la détermination des droits des divers intéressés, ne peut en réalité exister indépendamment de ses propres. Effectivement l'avantage conféré par l'article 1483 à la femme, de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument vis-à-vis des créanciers de la communauté, n'empêche pas que sa part dans cette communauté ne se confonde irrévocablement avec le reste de son patrimoine, puisque les créanciers peuvent poursuivre leur payement pour la part dont elle est tenue, non-seulement sur les objets tombés dans son lot, mais encore sur tous ses autres biens propres : ce sont des dettes qui affectent les biens particuliers de chaque conjoint, parce qu'il en a été le créateur et qu'il doit en rester le débiteur personnel. Cela est si vrai, que, lors même que la femme aliène les biens de la communauté tombés dans son lot, elle n'est pas déchue du bénéfice de cet article 1483, si du reste elle agit sans fraude et rend compte des sommes provenant de ces aliénations, parce qu'elle est censée avoir opéré sur ses biens personnels, tandis que l'héritier, qui n'aliène même que les meubles, sans observer les formalités prescrites dans les articles 805 (C. Nap.) et 969 (C. de proc.), se trouve déchu pour jamais du bénéfice d'inventaire : parce que les biens de la succession ne sont pas les siens, avant le payement intégral des créances héréditaires. Cela est encore si vrai, que les héritiers de la femme, pour accepter ou répudier la communauté, sont obligés d'accepter la succession de la femme, c'est-à-dire l'universalité de ses propres; donc cette communauté fait partie de la succession, et si la loi permet de renoncer à la première, c'est en vertu d'une dérogation formelle aux principes des successions et des sociétés, principes qui devaient s'effacer devant un autre principe plus important et presque d'ordre public : c'est que le mari, seigneur et maître de la communauté, ne doit pas obliger la femme qui n'a peut-être pas approuvé ses actes. Avant le partage, les créanciers de la communauté ont, à la vérité, une sorte de droit réel qui les autorise à se faire payer sur les biens dont elle se compose, par préférence à tous autres créanciers personnels et, par suite, à tous les créanciers de la succession de la femme; mais cette séparation momentanée n'est imaginée que pour régler les droits respectifs de chaque époux et empêcher que l'un ne s'enrichisse aux dépens de l'autre, en par-

tageant cette universalité fictive qu'on appelle communauté, et dans laquelle ont pu être versées des sommes appartenant à l'un des époux, ou de laquelle ont pu être tirées des sommes au profit de l'un d'entre eux : moyen facile pour faire des libéralités indirectes que la loi ne saurait tolérer. Mais cette fiction disparaît après l'acceptation de la femme : il n'y a plus qu'un droit universel distinct du patrimoine de l'autre conjoint; disons mieux, l'acceptation n'est pas même l'origine de l'anéantissement de cette fiction; la communauté se confond dès le principe pour moitié avec les biens de chaque époux, puisque l'acceptation de la femme ou de ses héritiers la fait considérer rétroactivement comme ayant toujours été commune avec son mari, dont elle partage les gains comme les pertes.

Nous reconnaissons bien tout ce qu'a de séduisant l'analogie qu'on pourrait établir entre la position des créanciers d'une communauté et de ceux d'une succession, et l'article 1476, en se référant pour le partage de la communauté et tous ses effets, aux règles établies par le titre *Des successions*, donne encore un aliment de plus à cette illusion, attendu qu'on admet généralement que cette disposition n'est pas limitative, et qu'on reconnaît, par exemple, à l'époux la faculté de faire rescinder le partage pour lésion de plus du quart [1]. Mais on ne pourrait sans témérité pousser cette induction plus loin; car, d'une part, il serait impossible de soutenir que la séparation fût un effet du partage, et comme telle rentrât dans les matières auxquelles l'article 1476 a voulu faire allusion : c'est bien un droit que donne le partage, mais il ne dérive pas fatalement de cette circonstance, et c'est bien plutôt un droit que la loi donne *contre* le partage; d'autre part, la communauté n'est pas une succession ni la femme un héritier, puisque la communauté peut lui être dévolue, sans décès d'aucun des deux époux, comme nous le supposons dans la seconde hypothèse; et la différence du bénéfice dont parle l'article 1483 avec le bénéfice d'inventaire, différence que nous avons essayé de faire ressortir plus haut, entraîne également une différence entre la position des créanciers de la communauté et celle des créanciers de la succession, le Code ayant organisé, pour la contribution aux

[1] Paris, 21 mai 1823 (arrêt inédit). — Cette doctrine est déjà enseignée par Lebrun dans son *Traité de la communauté*, liv. III, ch. 2, sect. 6, distinct. 1, n° 15.

dettes, des règles peu en harmonie avec celles en matière de succession. Enfin il est peu probable qu'il ait ici rien osé innover sur l'ancien Droit français, et en tous cas une semblable innovation eût appelé une manifestation plus évidente de sa volonté que celle qu'on prétend tirer de textes conçus évidemment en vue d'autres positions.

Tout cela nous autorise à affirmer que ces deux patrimoines n'en font réellement qu'un, et que les créanciers de la communauté ni ceux de la succession de la femme ne pourront jamais les faire séparer à leur profit. Au reste, il n'y aurait de nécessité pour les premiers, que lorsqu'ils ont laissé effectuer le partage sans faire leurs réclamations, et seulement au cas où les biens de la succession demeureraient insuffisants pour payer les deux catégories de créanciers; et quant aux seconds, ils n'ont jamais à craindre, lorsqu'il y a eu inventaire, de voir les créanciers de la communauté attaquer les biens propres, pour une valeur supérieure à celle dont ils ont été accrus par suite de l'acceptation de cette communauté. C'est donc à eux de veiller à ce que cet inventaire soit confectionné ; car s'ils ont laissé les héritiers de la femme partager sans faire inventaire, les créanciers de la communauté deviendront créanciers de la succession, et réciproquement: la masse servira alors de gage commun pour le payement de tous les intéressés sans distinction.

Tout ce qui vient d'être dit laisse intacte la question de savoir si les biens propres des héritiers sont ou non distincts de ceux qui composent les deux premières universalités. Or l'affirmative n'est pas douteuse ; car nous nous trouvons ici dans l'hypothèse rigoureusement prévue par les articles 878 et suivants : les deux premières universalités jouent vis-à-vis de la dernière le rôle d'une succession ordinaire, qui a seulement cela de particulier, qu'elle est composée de deux éléments hétérogènes, mais confondus par la mort de la femme et transformés tous deux en universalité successorale. Les créanciers de la communauté pourront donc ici recourir à la séparation, mais ce ne sera plus en cette qualité qu'ils l'invoqueront à l'égard des créanciers personnels de l'héritier : ce sera comme créanciers de la succession de la femme acceptée purement et simplement par lui.

II. Si la communauté s'est dissoute du vivant de la femme, la question est bien moins complexe, mais se résout de la

même manière et par les mêmes principes. Ici il ne se trouve plus en présence que les créanciers des deux premières catégories que nous avons examinées : les créanciers de la communauté et ceux des biens propres; nous croyons avoir prouvé que la séparation n'est pas praticable entre elles, et nous renvoyons aux arguments développés précédemment, lesquels serviront parfaitement à la démonstration de cette seconde proposition.

59 *bis.* SECONDE QUESTION. ***Doit-on étendre aux sociétés le principe de la séparation?*** — Disons d'abord qu'on retrouve ici les traces du même esprit qui a dicté à la jurisprudence la faveur qu'elle accorde aux créanciers de la communauté, à l'encontre des créanciers personnels des époux; mais il est ici bien plus unanime et a trouvé plus d'occasions de se manifester. On doit donc regarder comme un point constant, que les biens composant l'actif social sont affectés par privilége au payement des créanciers de la société, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés [1]. Et en effet la loi ne reconnaît aux créanciers personnels des associés qu'un droit sur ce qui tombe dans leur patrimoine privé, par l'effet du partage de l'actif : ils ont donc dû savoir que, pour la mise sociale, la société et ses créanciers par conséquent avaient été investis d'un droit supérieur qui amoindrissait celui des associés considérés individuellement, et par suite le leur également. Admis par la jurisprudence commerciale à une époque où les règles de publicité des sociétés étaient à peu près nulles, ce principe doit l'être à plus forte raison sous une législation qui prescrit des mesures de publicité propres à faire connaître la personnalité commerciale des associés et à la distinguer de la personne privée. Ceci nous conduit immédiatement à dire que le privilége ne peut plus exister aujourd'hui, si l'acte de société n'a été rendu public selon les formes exigées [2].

Toutefois ce principe de préférence est beaucoup moins gé-

[1] C. Nap., art. 1862; C. de comm., art. 22. — V. entre autres les arrêts suivants : Cass., 11 mars 1806 (S., *Coll. nouv.*, 2, I, 222); Cass., 18 octobre 1814 (S., *Coll. nouv.*, 4, I, 618); Cass., 9 août 1850 (S., 1859, I, 721); Paris, 10 décembre 1844 (S., *Coll. nouv.*, 4, II, 423).

[2] Cass., 13 février 1855 (S., 1855, I, 721); Paris, 4 mars 1840 (S., 1840, II, 162). On a même jugé que, dans l'hypothèse prévue au texte, les créanciers personnels des associés primaient les créanciers sociaux; Cass., 13 février 1821 (S., *Coll. nouv.*, 6, I, 381); Paris, 8 juillet 1847 (S., 1848, II, 58).

néral que celui que nous avons eu occasion de signaler en droit romain (n° 5-3°), où, d'après la loi 5, §§ 15 et 16, D., *De trib. act.*, la séparation pouvait être prononcée entre les deux masses, au profit des créanciers de l'une et de l'autre, tandis qu'aujourd'hui, comme nous allons le voir, la séparation n'existe plus pour aucun d'entre eux. En conséquence, si d'un côté la constitution actuelle des sociétés, qui assure à leurs créanciers un droit exclusif sur le fonds social, n'empêche pas qu'en cas d'insuffisance de ce fonds, ils ne viennent s'adresser au patrimoine que les associés responsables se sont réservé; d'un autre côté, les créanciers de ces derniers ne peuvent pas invoquer le même droit de préférence sur le patrimoine privé de leur débiteur (n° 135) : comme il n'y a pas eu de séparation invoquée ni prononcée au profit des créanciers de la société, on ne peut pas non plus venir leur opposer les conséquences désastreuses qu'elle entraînerait pour eux à cet égard.

Il résulte encore de ce que nous disions en commençant, que jamais le privilége ne saurait être invoqué lorsque la société ne constitue pas de personne juridique, et cela est tout juste : une association où il n'y a point de personnification à l'égard des tiers, point d'être juridique qui traite avec eux, ne peut se constituer à elle un patrimoine spécial et distinct de celui de ses membres; en un mot, il n'y a proprement plus de société, il n'y a plus que des individus : chacun poursuit ou est poursuivi pour son propre compte, et est constitué maître de ce qu'il fait; la circonstance que ces individus mettent en commun leurs profits et pertes est un arrangement entre eux qui est inconnu aux tiers, et auquel ces derniers doivent par conséquent rester étrangers. Cela nous paraît de toute évidence, et nous avons d'autant plus de peine à concevoir que la Cour de Paris, dans deux arrêts, l'un du 9 août 1831 et l'autre du 22 novembre 1834 [1], ait pu aller jusqu'à consacrer ce droit de préférence en matière de société en participation; car c'est bien là qu'un seul individu est propriétaire, qu'un seul administre et contracte avec les tiers, et s'il admet d'autres individus à participer à l'opération qu'il entreprend, ce droit de participation aux bénéfices ne confère pas de propriété aux participants, qui ne peuvent que demander un compte à l'associé en nom :

[1] Sir., 1821, II, 259, et 1835, II, 69.

les dettes contractées à raison de cette association sont pour celui qui les a faites, et lorsque la société en profite, il ne reste qu'une action *de in rem verso* contre les autres associés. Tout privilége doit donc disparaître pour les créanciers.

Ces considérations puissantes ont entraîné toute la jurisprudence la plus récente à se prononcer, d'accord avec la doctrine, contre la Cour de Paris [1]; ajoutons que cette Cour elle-même est revenue sur ses errements [2], après avoir déclaré aussi que les créanciers d'une semblable association ne pouvaient faire séparer l'actif social du patrimoine personnel de l'associé failli, et exclure ensuite les créanciers de la faillite sur l'actif ainsi séparé [3]: les privant ainsi et du privilége et de la séparation.

Cette décision, qui sera vraie également pour les sociétés civiles, dans l'opinion de ceux qui ne leur reconnaissent point de personnalité juridique, est certainement fâcheuse pour les créanciers, mais elle est conforme aux principes; et si la séparation devait avoir quelque intérêt, ce serait bien là où le privilége n'existe plus. Car dans les sociétés qui constituent une individualité juridique, les principes développés auparavant font assez pressentir que, dans notre opinion du moins, les créanciers ne pourront pas recourir à ce remède, qui ne leur procurerait d'ailleurs pas plus que le droit qu'ils tirent, en vertu de la loi, de la qualité même de leur créance.

Une seule hypothèse avait soulevé des doutes; c'était celle où, après la dissolution de la société, l'un des associés, nommé liquidateur, aurait confondu l'actif social dans le sien propre. On avait pensé que le privilége ainsi éteint pourrait être ressuscité au moyen de la séparation des patrimoines provoquée par les créanciers [4]; mais il est aisé de voir qu'il y a là une fausse application des effets de la confusion. Car la liquidation des valeurs de la société étant une opération qui a pour but de convertir en un capital disponible l'avoir social, afin d'en payer les dettes, il est de toute nécessité que ces valeurs restent à la disposition du liquidateur; et la circonstance qu'il y a eu à un certain moment confusion *de fait*, ne peut porter

[1] Cass., 19 mars 1838 (S., 1838, I, 348); cass., 15 juillet 1846 (S., 1849, I, 289).

[2] Paris, 17 novembre 1849 (S., 1849, II, 200).

[3] Paris, 19 avril 1831 (S., 1831, II, 202).

[4] Grenoble, 1er juin 1831 (S., 1832, II, 501).

atteinte aux droits des créanciers ; car les fonds qui représentent le patrimoine social demeurent grevés du même privilége que le patrimoine lui-même, lorsqu'il existait encore en nature. Au surplus, cette confusion n'est qu'apparente : les livres de commerce, les inventaires et autres pièces justificatives que le liquidateur est tenu de dresser pour faire apurer ses comptes, donneront toujours la consistance du fonds social, et permettront de le distinguer assez pour le soumettre au privilége. Dira-t-on qu'il y a confusion *de droit?*..... Cela est impossible : l'associé liquidateur n'est qu'un mandataire et non un propriétaire; obligé de rendre compte de ce qui est entré dans sa caisse, il doit toujours avoir une connaissance exacte du *quantum* de son *débet.* Si le contraire a lieu en matière de succession, c'est que l'héritier pur et simple devient propriétaire de tous les biens du défunt, l'origine diverse et multiple des valeurs dont se compose alors son patrimoine n'altérant pas l'étendue et les effets de son droit; et si les formalités requises pour séparer l'actif ne sont pas remplies, la confusion juridique qui résulte de la saisine ne peut être paralysée que par la séparation. Il est donc facile de comprendre que, même dans notre espèce, la séparation serait encore sans objet.

§ 2. — *Des légataires.*

60. Les articles du Code, au titre *Des successions,* n'ont pas mentionné les légataires au nombre des personnes appelées à exercer la séparation. Malgré ce silence, il est probable qu'en présence des lois romaines [1] on n'eût pas hésité à leur donner les mêmes avantages qu'aux créanciers, si un texte formel, l'article 2111, n'était venu réparer l'omission qu'on pouvait regretter dans les premières dispositions de la loi sur notre matière, et prévenir toute éventualité de discussion. Les legs, en effet, sont aussi des charges de l'hérédité, qui doivent être acquittées sur elle préférablement même aux créances provenant de l'héritier.

61. Seulement le principe énoncé est encore soumis à de nombreuses restrictions. Et d'abord une première se rencontre déjà en ce qui concerne les légataires universels ou à titre universel ; pour eux la demande en délivrance du legs, imposée par l'ar-

[1] LL. 4, § 1, et 6, *pr.*, D., *De sep.*; Const. 1 et 2, C., *De bon. auct. jud.*

ticle 1011, est une véritable demande en partage qui les place sous la protection de l'article 883 du Code; en sorte que les biens légués arrivent dans leurs mains francs et quittes de toute charge créée du chef de l'héritier copartageant. Dès lors, à quoi servirait la séparation?..... Elle sera donc en général sans utilité; cependant elle en aura encore, dans le cas où le legs est fait sous condition suspensive. La propriété n'étant alors acquise au légataire qu'au moment où s'accomplit la condition, et non au moment du décès, il pourra arriver très-bien que dans l'intervalle les créanciers de l'héritier voulussent attaquer les biens de la succession, et les absorber au point de n'en plus laisser suffisamment de quoi remplir le légataire de ses droits : en leur opposant la séparation, ce dernier sauvegardera efficacement son droit éventuel. C'est ce que fait observer très-judicieusement M. Dufresne [1]; mais, en voulant aller plus loin, il commet une double erreur : il limite notre proposition précédente à l'hypothèse d'un legs d'immeubles, et prétend ensuite que, lorsqu'il s'agit « de meubles *légués* IN GENERE, le légataire « universel ou à titre universel devra toujours, soit que le legs « ait été fait avec ou sans condition, recourir à la séparation « *pour empêcher la confusion de ce mobilier avec celui de l'hé-* « *ritier.* » Nous sommes fâchés de nous trouver ici en désaccord avec cet auteur, mais nous croyons qu'il s'est mépris complétement sur les effets de cette confusion, en créant des exceptions que la force des choses ne peut justifier.

Et premièrement nous avouons ne pas comprendre ce qu'il entend par legs universel ou à titre universel fait *in genere* : il y a là tout au moins une locution redondante; car un legs universel est toujours fait *in genere*, autrement il n'est plus qu'un legs à titre particulier; c'est en effet dans ce dernier seul qu'il est possible de distinguer le genre de l'espèce. Mais passons sur cette objection de pure forme; ce sur quoi nous voulons appeler l'attention, c'est que M. Dufresne semble croire que la séparation empêchera la confusion du mobilier, prenant ainsi la confusion dans le sens d'une mixtion matérielle des choses.....; idée complétement fausse et que nous retrouverons plus tard encore chez un autre jurisconsulte (n° 80). La séparation ne saurait empêcher ce genre de confusion, puisqu'au

[1] *Op. cit.*, n° 20.

contraire elle se trouve paralysée par lui, ainsi qu'il sera exposé au chapitre III, § 2 (nos 80 et suiv.); la séparation n'empêche que la confusion juridique produite par l'adition d'hérédité. Or celle-ci a lieu pour les immeubles tout autant que pour les meubles, et s'il n'avait eu en vue qu'elle, notre auteur ne devait pas dire que la séparation n'aurait d'utilité en matière immobilière que lorsque le legs est fait sous condition suspensive; car il y avait une confusion semblable à éviter lorsque le legs d'immeubles est pur et simple, et cette erreur lui a fait dire ensuite que la séparation, inutile pour le legs immobilier fait sans condition, devenait une nécessité pour le legs mobilier, même lorsqu'il est pur et simple : proposition que nous ne pouvons accepter; parce que s'il s'agit d'éviter la confusion, ce ne sera qu'au moyen d'un inventaire et de tous autres actes conservatoires qui obligent d'en dresser un.

62. Lorsque le legs est à titre particulier et porte sur une chose déterminée par son espèce, la séparation ne vaudra pas non plus pour les légataires l'action en revendication qui leur compète, en vertu du droit de propriété dont ils sont investis à partir même du décès du testateur, si le legs est pur et simple[1]. Cette action, qui se confond avec l'action en délivrance, lorsqu'elle est intentée contre l'héritier, devient une véritable action réelle contre le tiers détenteurs au profit desquels l'héritier aurait disposé de la chose. La séparation est donc tout à fait inutile ici, et ne servirait pas même, quoi qu'en dise M. Dufresne[2], à procurer au légataire la restitution des fruits de la chose; attendu que l'action en revendication suffira pour comprendre dans la restitution et la chose et les fruits produits depuis la demande, si le détenteur a été de bonne foi, et tous les fruits perçus et même consommés depuis l'origine, s'il a été de mauvaise foi[3]. Mais jamais la séparation ne pourra assurer à elle seule la restitution des fruits non restituables à un autre titre, parce qu'elle n'a pas pour conséquence d'empêcher la confusion ni la consommation, comme nous l'avons dit plus haut, à propos d'une autre conséquence que le même auteur tirait de la manière de voir opposée.

Lorsque, au contraire, le legs particulier est *in genere* ou

[1] C. Nap., art. 1014.
[2] *Op. cit.*, n° 19.
[3] C. Nap., art. 550.

lorsqu'il est conditionnel, la séparation acquerra, pour le légataire, la même importance que s'il s'agissait d'un legs à titre universel sous condition, parce que le légataire ne devient propriétaire qu'à partir du moment de la délivrance opérée par l'héritier ou de l'événement de la condition; jusque-là il n'est pas propriétaire, et ne pourrait se retourner contre les créanciers de l'héritier, qui auraient saisi la chose léguée pour se faire payer de leurs droits; il faut donc, s'il veut éviter ce résultat, qu'il oppose la séparation, lorsque ces créanciers viendront exercer leurs poursuites. C'est par application de ces principes, que la Cour d'Agen a jugé que le légataire d'une somme d'argent pouvait *demander* (*sic*) la séparation des patrimoines [1].

63. Tout cela ne donne pas lieu à de bien grandes difficultés; mais ce qui en donne davantage, ce qui est bien plus embarrassant, c'est de savoir jusqu'à quel point la séparation fait double emploi avec l'hypothèque légale conférée par l'article 1017 à tous les légataires, sans exception aucune, sur les biens de la succession; et si au contraire elle n'est pas une garantie d'une nature spéciale et distincte du droit hypothécaire. Cette question mérite une sérieuse attention; car, si peu examinée qu'elle ait été, il n'en est peut-être pas qui ait donné lieu à plus de divergences doctrinales. Pour beaucoup d'auteurs, les deux droits sont identiques et confondus dans la disposition de l'article 2111 [2]; quelques-uns pensent que l'hypothèque, en s'unissant au droit de séparation, l'a toutefois investi du droit de suite, qui est de l'essence de toute hypothèque [3]; enfin le plus petit nombre d'entre eux, qui reconnaissent une dissemblance entre les deux institutions, restreignent pourtant les effets de l'hypothèque légale à un simple droit de préférence sur les créanciers de l'héritier, en la rendant inefficace à l'encontre des créanciers du défunt, en vertu de la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*. En présence du vague et de l'incohérence de cette doctrine, l'esprit demeure dans l'incertitude la plus complète; force est donc de recourir aux sources mêmes, à l'histoire,

[1] 11 juin 1809 (Sir., *Coll. nouv.*, 3, II, 87).

[2] Grenier, *Donat. et testam.*, n° 312, et *Privil. et hyp.*, n°s 421 et 423; Toullier, *Droit fr.*, V, 567 et suiv.; Duranton, IX, 386; Aubry et Rau, § 722, notes 21 et 22 (3e édit.).

[3] Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 6, n° 12.

ce flambeau de l'interprète, et de voir si l'on ne peut en tirer quelques lumières pour éclairer ce dédale de solutions contradictoires.

Tout d'abord, une première considération nous frappe : c'est que le bénéfice de séparation des patrimoines et l'hypothèque légale coexistaient en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, comme deux remèdes indépendants l'un de l'autre. L'hypothèque, en effet, est une création de la fameuse constitution de Justinien, const. 1, C., *Comm. de legat.*, et cet empereur, en l'introduisant dans sa législation, la présentait comme une innovation bienfaisante; ce qui nous montre évidemment que la séparation avait et continuait d'avoir des effets distincts de ceux de l'hypothèque.

L'action hypothécaire ne pouvait du reste s'appliquer qu'aux choses dont l'héritier était devenu propriétaire, et non plus aux choses léguées ni données à cause de mort : *Quia nulli res sua pignori esse potest*; en outre elle naissait divisée contre chaque héritier, de telle sorte qu'aucun d'entre eux ne pouvait être tenu au-delà de sa part virile; circonstance qui l'assimilait en cela à l'action personnelle compétant au légataire en vertu du testament, mais subordonnée évidemment à la solvabilité de l'héritier. L'action hypothécaire, au contraire, qui pouvait s'intenter contre les tiers, était affranchie de cette éventualité. Cependant quelques interprètes ont refusé à cette action le droit de suite, sous le prétexte assez singulier qu'étant donnée contre les tiers pour le tout, celui-ci aurait été tenu plus que l'héritier lui-même; d'autres, tout en admettant le droit de suite, en tempéraient la rigueur par l'exception de discussion, d'après les Authent. 14, C., *De oblig. et act.* et 24, C., *De pign. et hyp.*, à moins pourtant que le défunt n'eût expressément accordé, dans son testament, une hypothèque au légataire [1]; la plupart n'admettaient pas que cette hypothèque pût conférer un droit de préférence sur les créanciers [2].

Sous l'ancienne jurisprudence, alors que la séparation, dépouillant les caractères qu'elle présentait en droit romain, dégénérait à peu près en simple cause de préférence, on eût pu douter de l'utilité simultanée de ce remède et de l'hypothèque.

[1] Nov. CXII, ch. 1; v^is Ἐκ ταύτης δὲ τῆς τοῦ *litigio* σου προσηγορίας..., etc.

[2] Brunemann, sur la const. 1, C., *Comm. de legat.*; Carpzow, liv. I, cap. 28, dif. 177, etc.

Cependant nous n'avons trouvé dans aucun auteur des traces d'un conflit possible sur ce point : tous ont parlé de cette hypothèque comme d'une chose étrangère à la séparation des patrimoines. Le point sur lequel se concentraient les discussions de ce temps-là était la divisibilité de cette hypothèque légale.

Quatre opinions paraissent avoir partagé les jurisconsultes dans cette question. Dans une première, on niait complétement que la constitution de Justinien dût être observée en France; et l'on pensait même que c'était par erreur qu'on y avait cru voir une division de l'hypothèque : que telle n'avait pas été la pensée de l'empereur grec; que l'action hypothécaire avait été introduite par lui pour assurer le payement des legs, et qu'une hypothèque ainsi tronquée et mutilée n'aurait pu remplir ce but ni surtout rien ajouter au bénéfice de séparation octroyé déjà par l'ancien droit aux légataires; que d'ailleurs l'hypothèque leur était acquise dès l'instant du décès du testateur, et partant aussi avant que les héritiers fussent saisis de la succession, puisqu'ils ne l'étaient que du jour de l'adition [1]; or, étant établie dans le temps que l'hérédité représentait la personne du défunt, elle devait rester indivisible et solidaire. Dans le droit français, il est vrai, les héritiers sont saisis avant l'adition, mais les légataires le sont aussi, et leur droit n'est pas postérieur à celui des héritiers. Il n'est pas divisé dans son origine, puisque l'obligation ne commence que dans la personne des héritiers, et les légataires n'avaient pas d'action contre le défunt; mais c'est du défunt qu'ils font dériver leur droit, parce que c'est le défunt qui leur a affecté ces biens, avant qu'ils fussent dévolus à ces héritiers, et par conséquent avant qu'il pût se faire aucune division de l'action hypothécaire. Cette opinion, enseignée par Mornac [2] et Bacquet [3], pouvait, disait-on, invoquer en sa faveur la coutume de Paris elle-même [4], celle d'Anjou [5] et enfin toute la jurisprudence, même la plus ancienne [6], puisque ses adversaires mêmes étaient

[1] Const. *un.*, §§ 1 et 6, C., *De caduc. toll.*

[2] Mornac, sur la loi 18, C., *De pact.*

[3] Bacquet, *Des droits de just.*, ch. 8, n° 26.

[4] Art. 333. V. Ferrières, sur cet article, gl. 1, n° 19.

[5] Art. 469. V. Chopin, sur cette coutume, liv. III, ch. 3, n° 7.

[6] Le plus ancien arrêt que l'on connaisse sur cette matière est cité par Dulac, liv. X, ch. 2, tit. 3, et remonte au 6 juin 1386.

obligés d'avouer qu'aucun arrêt n'avait jugé en faveur de la divisibilité de l'hypothèque [1]. Remarquons aussi que la tradition de cette jurisprudence a traversé sans s'altérer les épreuves révolutionnaires; car on peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 11 brumaire an XI qui, par application des anciennes doctrines, avait encore consacré l'indivisibilité de l'hypothèque [2].

Une deuxième opinion qui réunissait la majorité des auteurs en sa faveur, enseignait au contraire la divisibilité la plus complète du droit hypothécaire conféré aux légataires : partant du principe que l'action personnelle est le véritable fondement de l'action hypothécaire, on en concluait nécessairement que celle-ci devait comme l'autre se diviser de plein droit entre les héritiers, et l'on écartait facilement les deux textes des coutumes en faisant remarquer qu'ils visaient une toute autre hypothèse : celle où le testateur avait de son vivant hypothéqué ses biens à la sûreté d'une dette qui existait déjà dans sa personne; et les héritiers, en trouvant ces biens hypothéqués à toute la dette, ne pouvaient évidemment diviser la sûreté des créanciers qui n'avaient contracté que sous la foi d'une hypothèque générale. Mais l'hypothèque des légataires n'est pas de ce genre, parce qu'elle ne commence qu'après la mort du testateur, et non plus avant la saisine de l'héritier auquel les légataires sont obligés de demander la délivrance du legs; et cette action en délivrance, qui ne peut commencer évidemment qu'après la saisine, est le résultat d'un engagement déjà formé et a pour accessoire l'hypothèque. Aussi, n'ayant commencé qu'après la saisine, elle ne peut frapper indivisément tous les biens du testateur [3].

Entre ces deux doctrines si tranchées venait se placer une opinion mixte, qui enseignait l'indivisibilité seulement dans certains cas dignes de faveur. Elle ne faisait du reste que consacrer d'une manière générale les principes de la seconde opinion, à laquelle elle se rattachait dans les cas les plus fré-

[1] Espiard, *Observ. sur Lebrun, Des succ.*, liv. IV, ch. 2, sect. 4, n° 4.

[2] Sir., *Coll. nouv.*, 1, I, 712.

[3] Ricard, *Des donat.*, t. I, 1re part., ch. 1, sect. 4, nos 29 et 30; Pothier, *Introduct. à la cout. d'Orl.*, n° 107; Henrys, t. IV, quest. 171; Dumoulin, *De divid. et individ.*, 2e part., nos 8 et s.; Cujas, sur la loi 33, D., *De legat. II, lib. IX Resp. Her. Modest.*

quents. Ainsi les legs pieux, les legs d'aliments, ceux en faveur du mariage, etc., devaient être garantis par une hypothèque indivisible [1].

Enfin nous ne citons que pour mémoire une quatrième opinion qui proposait encore une autre distinction, en vertu de laquelle les testaments reçus par une personne publique, auraient seuls procuré hypothèque solidaire et indivisible, pour les legs, comme le procuraient du reste tous les contrats authentiques. Système insoutenable, car il s'agissait bien moins d'une hypothèque dérivant d'un acte volontaire de l'homme que de la loi elle-même qui lui attachait cet effet, indépendamment de la forme authentique ou olographe dans laquelle il était conçu. Aussi cette opinion comptait-elle peu de partisans [2].

Tel était l'état de la question dans l'ancienne jurisprudence et à l'époque de la confection du Code. Quant aux rédacteurs de ce Code, il est certain qu'ils avaient présentes à l'esprit toutes ces divergences de doctrine, car il est facile de voir qu'ils y faisaient allusion, lorsqu'ils écrivaient dans le projet, au titre *Des donations et testaments* :

« Art. 99. — Les héritiers ou débiteurs d'un legs sont personnellement tenus de l'acquitter chacun au prorata de la « part et portion dont ils profitent dans la succession ; *ils en « sont tenus hypothécairement pour le tout*, jusqu'à concurrence « de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont « détenteurs.

« Art. 100. — L'hypothèque du légataire est légale; elle « résulte de la donation valablement faite, même sous signature privée, dans les formes ci-dessus indiquées. »

De ces deux articles, le premier seul se retrouve dans le texte définitif du Code, encore est-il privé de sa première partie; et ainsi tronqué, il porte le n° 1017. MM. Aubry et Rau [3] voient dans cette double modification du projet primitif une preuve de l'intention non équivoque du législateur de dénier au légataire toute hypothèque légale, et ils la corroborent en faisant ressortir l'absence de mention de cette hypothèque dans l'article 2121,

[1] Chopin, sur la *Cout. de Paris*, liv. II, tit. 4, n° 19; Charondas, *Rép.* 33, liv. VI; D'Espeisses, *Des legs*, sect. 2, n° 41, etc.

[2] V. entre autres Loyseau, *Du déguerp.*, liv. I, ch. 7, n° 5; Renusson, *Des propres*, ch. 3, sect. 12.

[3] *Droit civil français*, trad. de Zachariæ, § 722, note 21.

qui contient la liste générale des hypothèques légales. — Mais nous répliquerons en faisant observer qu'on ne saurait attacher avec certitude cette signification à la suppression de l'article 100, attendu qu'il se trouvait lui-même en opposition (nos adversaires le reconnaissent du reste) avec l'article 42 du titre *Des hypothèques*, ainsi conçu : « Les dispositions testamentaires « reçues par acte authentique n'emportent hypothèque que du « jour du décès. » Cette seule antinomie pouvait donc suffire pour motiver la suppression dont il s'agit. Le silence de l'article 2121 n'a pas plus de valeur, et si l'article 1017 suffit pour établir l'hypothèque légale, il devenait inutile de le rappeler une seconde fois dans un article subséquent : tout le monde sait que le législateur ne fait pas une œuvre de doctrine, et qu'il n'est pas tenu de coordonner toutes les dispositions qui ont quelque rapport entre elles ; si l'on voulait être rigoureux, une autre omission pourrait être reprochée à l'article 2121, c'est celle de l'hypothèque des créanciers du failli qui, au moins dans l'opinion des savants professeurs [1], est aussi légale. Enfin on peut voir une rédaction pareillement incomplète dans l'article 2059, qui n'énumère pas non plus tous les cas de stellionat, et auquel il faut suppléer par l'article 2136.

Dans leur système d'ailleurs, pour expliquer d'une manière satisfaisante les termes *hypothécairement pour le tout* de l'article 1017, ces auteurs sont obligés d'en forcer le sens, et ils prétendent qu'ils doivent être entendus avec plus d'extension que les expressions identiques qu'on retrouve dans l'article 873, lequel n'est pas pour cela attributif d'une hypothèque au profit des créanciers, ceux-ci devant être, disent-ils, sur la même ligne que les légataires : ce qui le prouve, c'est que l'article 2111 les confond dans une même disposition.

On a souvent et étrangement abusé de cette nature d'argument par analogie, et nous avons cité, n° 44 *bis*, une opinion opposée au système de MM. Aubry et Rau sur le caractère privilégié de la séparation, opinion qui renverse la proposition précédente, et s'appuie sur la nature hypothécaire du droit conféré aux légataires par l'article 1017, pour soutenir ensuite que l'article 873 n'a pas pu vouloir traiter moins bien les créanciers..... Qui a raison ? Quel point de départ faut-il pren-

[1] *Op. cit.*, § 264, note 34.

dre? Quel est celui des deux articles qui doit servir à expliquer l'autre, si chacune des deux interprétations s'appuie tour à tour et sur l'un et sur l'autre?..... Cette seule réflexion doit ouvrir les yeux sur le danger des arguments d'analogie et d'induction dont on fait malheureusement trop usage, lorsqu'on ne devrait recourir qu'aux sources et aux principes de la matière. Or ici, en nous reportant à l'historique de toutes les contestations auxquelles cette question a donné naissance, il est impossible de nier que les rédacteurs n'aient voulu s'en référer à ce qui était reçu invariablement dans l'ancienne jurisprudence; car les controverses mêmes, que nous avons à dessein exposées avec quelque prolixité, portaient sur le caractère et non point sur l'existence de l'hypothèque : si donc le législateur moderne avait voulu la supprimer, il se serait certainement expliqué là-dessus, comme il s'est expliqué sur la question de divisibilité de cette hypothèque, en la tranchant d'un mot dans l'article 1017, comme il s'est expliqué en maint autre endroit toutes les fois qu'il y avait un ancien édit, une ancienne coutume à abolir, une ancienne controverse à faire cesser. Loin de là il se sert, dans l'article 1017, des termes *hypothécairement pour le tout*, consacrant ainsi ce qui se pratiquait avant lui. Je sais bien qu'on s'est prévalu de l'article 333 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Héritiers détenteurs d'héritages de la suc-« cession peuvent être poursuivis solidairement par les créan-« ciers hypothécaires, » et qu'on a essayé de dire ici, comme on disait anciennement de cet article, qu'il n'était question que des créances hypothécaires nées avant le décès du débiteur, et que ce serait aussi le cas prévu par l'article 1017, comme il l'est par l'article 873 du Code; mais le simple coup d'œil comparatif sur la teneur respective de ces trois dispositions fera évanouir cette dernière objection; car il était très-naturel d'écrire dans l'article 333 de la coutume, de même que dans l'article 873 du Code Napoléon, qui en est la reproduction assez fidèle, que les héritiers devaient être tenus des dettes hypothécaires de la succession, parce que le défunt peut avoir constitué de son vivant une pareille sûreté au profit de ses créanciers. Ce qui était rationnel pour ces deux textes ne l'est plus pour le premier, l'article 1017, d'ailleurs différemment rédigé, et d'après lequel le legs, véritable créance contre la succession, ne prend naissance qu'au moment où celle-ci vient à s'ouvrir;

et l'hypothèque, qui n'est qu'un accessoire de cette créance, ne peut la précéder dans l'ordre des origines; si elle ne la précède pas, elle peut naître indivise, comme on le soutenait au reste dans l'ancienne jurisprudence. Est-il nécessaire enfin de faire remarquer, pour écarter l'argument de l'article 2111, que cet article, en introduisant un privilége nouveau dans le Code, devait y appeler concurremment créanciers et légataires, mais qu'il ne pouvait faire allusion à ceux d'entre eux qui avaient une hypothèque déjà inscrite?.....

Un mot encore sur cette question. A vrai dire, les rédacteurs du Code Napoléon, en se prononçant pour l'indivisibilité de cette nouvelle hypothèque, n'ont pas été heureux dans le choix qu'ils ont fait entre les diverses opinions en conflit sur ce point, dans l'ancien droit. Il est certain que l'ancienne jurisprudence, si elle a cru interpréter par là sainement la constitution de Justinien, s'est gravement méprise sur le sens cependant bien clair de ses expressions, et en consacrant cette intelligence tronquée d'une loi romaine, nos rédacteurs ont commis une véritable erreur législative. Quoi qu'il en soit, on ne peut que la constater et non la redresser.

Mais, rigoureux observateur des termes mêmes de la loi, nous croyons l'être d'un autre côté aussi de son esprit, en repoussant la doctrine de la plupart des auteurs qui, effrayés de la concession qu'ils venaient de faire aux légataires, en leur reconnaissant une hypothèque, et, s'abusant sur l'importance de la maxime : *nemo liberalis nisi liberatus*, n'accordent aux légataires qui ont inscrit leur hypothèque aucun droit de préférence sur les créanciers du défunt, tout en les investissant d'un recours contre les tiers, ce qui revient à reconnaître à cette hypothèque un droit de suite sans droit de préférence; anomalie sans exemple dans aucun système hypothécaire, à notre connaissance du moins. Au contraire et de l'aveu même de tous les auteurs, à l'exception pourtant de Marcadé[1], la maxime en question n'est applicable qu'en matière de séparation des patrimoines : c'est en la provoquant que les créanciers du défunt pourront seuls se soustraire à la préférence des légataires qui ont inscrit leur hypothèque; et nous verrons plus loin (n° 134) qu'ils n'ont pas même besoin de faire dans les

[1] Sur l'article 1017, n° 2.

six mois l'inscription ordonnée par l'article 2111, attendu que ce délai de faveur n'existe qu'à l'encontre des créanciers hypothécaires de l'héritier, mais non point des créanciers hypothécaires du défunt, auxquels sont assimilés les légataires [1].

63 *bis*. A présent, que la nature et le caractère de cette hypothèque sont bien définis, il nous sera facile de voir l'intérêt que puiseront dans l'hypothèque légale les légataires auxquels compète cumulativement avec elle la séparation des patrimoines. Cela résulte des différences suivantes qui caractérisent ces deux garanties :

1° Le principe de la division des dettes entre les héritiers du défunt n'est nullement altéré par la séparation (n° 128); par suite, le légataire qui se contenterait de ce dernier bénéfice serait obligé de diviser ses poursuites, et ne pourrait obtenir de chaque héritier que jusqu'à concurrence de ce dont il est tenu dans les dettes du défunt. L'hypothèque au contraire, qui a pour conséquence de suspendre les effets du grand principe de la répartition proportionnelle des charges de la succession, ne verra pas l'affectation des immeubles réduite pour chaque héritier dans les limites de son contingent héréditaire. En deux mots, la séparation ne peut être imposée à l'héritier que jusqu'à concurrence de sa part contributoire : l'hypothèque peut l'être pour la totalité du legs; mais dans cette limite la première peut avoir encore plus de valeur que celle-ci, dans une succession renfermant un petit nombre d'immeubles, puisqu'elle s'applique également aux meubles;

2° La séparation laisse le créancier désarmé contre les aliénations de l'héritier; l'hypothèque légale, pourvue d'un droit de suite qui est de l'essence de toute hypothèque, ira chercher les immeubles ainsi sortis de la succession, jusque dans les mains des tiers acquéreurs, même de bonne foi;

3° La séparation est un privilége; en remplissant à son égard les formalités conservatoires imposées par l'article 2111, le créancier jouira de l'attribut essentiel et caractéristique de tout privilége, celui de prendre rang en vertu de la seule qualité de

[1] En général, ce que nous dirons à l'avenir des créanciers hypothécaires ou chirographaires, nous l'entendrons toujours des légataires qui ont ou n'ont pas inscrit l'hypothèque : le tout afin d'éviter des redites inutiles; et nous aurons toujours soin de faire remarquer, s'il y a lieu, les différences qui caractérisent ces deux classes d'ayants droit.

sa créance, et indépendamment de la date de l'inscription ; le tout dans la mesure d'un délai préfixe [1]. L'hypothèque, au contraire, ne prend rang que par la date de l'inscription, sauf un petit nombre d'exceptions soigneusement définies par la loi, et qui ne sauraient s'appliquer ni directement ni indirectement à l'hypothèque légale ;

4° Nous expliquerons plus tard (n° 119) pour quelles raisons et en quels cas la séparation des patrimoines, virtuellement produite par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, survit à la déchéance dont l'héritier bénéficiaire peut être frappé. D'après l'article 2146, au contraire, il est formellement interdit d'inscrire aucune hypothèque sur des biens faisant partie d'une succession bénéficiaire ; en revanche, la séparation est soumise à des déchéances et prescriptions particulières, lesquelles ne sont le plus souvent que le résultat d'une situation de fait, qu'il n'était plus au pouvoir de la loi de changer, et dont le droit hypothécaire empêche toujours la réalisation ;

5° Le retard dans l'inscription requise en matière de séparation dans un délai de six mois, fait dégénérer le droit de préférence attaché au privilége en un droit de préférence moins parfait, et soumis aux éventualités de la date comme toute autre hypothèque, comme l'hypothèque du légataire qui ne jouit d'aucun délai de faveur à cet égard. Mais l'inscription de cette dernière, quelque tardive qu'on veuille la supposer, pour détériorer, selon les cas, le droit de préférence, laissera toujours intact le droit de suite, si toutefois elle est prise avant la transcription de l'acte d'aliénation [2]. Si donc il y a des créanciers déjà inscrits, le légataire, qui a laissé écouler les six mois pendant lesquels en s'inscrivant en séparation il eût pu primer ceux-là, pourra encore s'inscrire en vertu de l'article 1017; non plus pour acquérir aucune priorité désormais perdue par son retard, mais parce que l'inscription qu'il prendra en vertu de l'article 1017 aura encore, à la différence de celle de l'article 2111 ou 2113, cet effet de le protéger contre les aliénations des biens immobiliers de la succession.

Des auteurs très-recommandables placent ici une sixième différence. Tirant de l'article 926 la preuve que tous les légataires ont un titre égal à la bienveillance manifestée par le

[1] C. Nap., art. 2096 et 2106.

[2] Loi du 23 mars 1855, art. 6, al. 1 et 3.

défunt, ils pensent qu'ils doivent la conserver dans la protection de la loi, et que l'inscription n'établira en aucun cas de priorité entre les différents légataires compétiteurs, de peur que cette prééminence ne devînt pour eux le prix de la course, tandis que les choses se passent tout autrement pour les créanciers de la succession, lorsqu'on en est arrivé au moment où la séparation n'est plus pour eux qu'un simple droit hypothécaire. Cette théorie serait, à coup sûr, très-rationnelle, car le rang des légataires ne doit pas ainsi se trouver subordonné à une condition posthume. Mais il nous paraît impossible d'entrer dans ces distinctions, sans faire nous-mêmes la loi ; car, après avoir invoqué toujours les principes généraux du système hypothécaire, pour accorder à l'hypothèque des légataires son indivisibilité, son droit de suite et enfin tous les attributs caractéristiques des autres hypothèques, il nous semble peu conséquent de repousser ceux d'entre eux qui présenteraient quelque anomalie plus ou moins choquante; dût cette anomalie introduire de l'incohérence dans l'application des principes de notre matière. Il aurait fallu, si l'on avait voulu faire concourir entre elles toutes les hypothèques des légataires, donner un certain délai pour s'inscrire, passé lequel l'inscription tardive n'eût plus conféré à l'hypothèque que le rang même de sa date. Autrement, qui ne voit combien le système proposé amènerait de complications dans les ordres, si un légataire inscrit dans les premiers jours de l'ouverture de la succession, par exemple, devait partager l'actif disponible avec un autre légataire inscrit dix ans, vingt ans plus tard?.....

Le législateur, il ne faut pas se le dissimuler, n'avait pas songé à toutes les combinaisons abstraites, dont les règles, par lui si laconiquement tracées, pouvaient devenir susceptibles; mais que faire de plus, sinon constater les lacunes et l'insuffisance de la loi? DOLLINGER.

(*La suite prochainement.*)

CHRONIQUE.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

PROGRAMME DES CONCOURS ET DES SUJETS DE PRIX.

Concours ordinaire.

L'Académie rappelle qu'elle a remis au concours, pour l'année 1862, la question suivante :

« Rechercher et constater, en s'attachant aux principales « matières du droit civil français, quelle est l'influence qu'ont « exercée la marche et le développement de la jurisprudence « des arrêts, soit sur l'interprétation du Code Napoléon, soit « sur la pratique de la vie civile. »

Programme. — « Bien que le pouvoir judiciaire ne puisse statuer par voie « de disposition générale et réglementaire, il est certain que l'ensemble des « décisions judiciaires fournit un élément des plus importants à l'art d'in- « terpréter les lois; d'un autre côté, la jurisprudence réfléchit les instincts « et les nécessités de la vie pratique auxquels elle accommode les lois, en « précisant leur sens et en fécondant leur esprit.

« Or, le Code Napoléon ayant reçu, depuis cinquante ans, l'épreuve solen- « nelle d'une application que nos mœurs ont acceptée, l'Académie invite les « jurisconsultes à rechercher l'influence générale que la jurisprudence des « arrêts, surtout de la Cour suprême, a exercée, soit sur l'interprétation de « ce Code, soit sur la pratique de la vie civile. L'Académie ne demande pas « une appréciation détaillée et critique des solutions que les arrêts ont suc- « cessivement données aux questions controversées qu'ils ont eu à décider; « elle désire qu'acceptant les arrêts majeurs qui ont été rendus sur les prin- « cipales difficultés qu'ont fait surgir l'organisation de la famille et celle de « la propriété, les candidats en mesurent l'influence plus ou moins directe « et cherchent à indiquer les causes morales ou sociales qui ont pu déter- « miner les fluctuations les plus saillantes de la jurisprudence civile. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Concours établi par la ville de Toulouse en l'honneur de la fête de Cujas.

(Délibération du conseil municipal du 15 mai 1855.)

L'Académie rappelle qu'elle a proposé, pour le concours de 1862, le sujet suivant :

ÉTUDE SUR LA VIE ET LES TRAVAUX D'ANTOINE FAVRE, PREMIER PRÉSIDENT DU SÉNAT DE CHAMBÉRY.

Programme. — « L'Académie désire qu'après avoir retracé les phases « principales de la vie du savant et du magistrat, les concurrents se livrent à « une appréciation critique de ses œuvres, en signalant celles que l'admira- « tion des jurisconsultes a placées à côté des plus fameux monuments de la « science du droit; qu'ils en caractérisent la méthode et qu'ils marquent « leur part spéciale d'influence sur la pratique des tribunaux, notamment « dans les pays qui obéissaient au droit écrit. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Pour le concours de 1863, l'Académie propose la question suivante :

« Du consentement des époux au mariage : rechercher « quelles étaient, dans le droit romain et le droit canonique, « les causes qui vicisient ce consentement; quel est, en cette « matière, le système des principales législations de l'Europe « moderne et du Code Napoléon; enfin, si le système de ce « dernier Code est en tout point conforme aux principes de la « raison et de l'équité naturelle, s'il devrait être modifié et « quels sont les perfectionnements qu'on pourrait y intro- « duire. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 500 francs.

Prix du conseil général du département de la Haute-Garonne.

L'Académie rappelle qu'elle a proposé le sujet suivant pour le concours de 1862 :

« Des marchés à terme des effets publics, de leur mécanisme « et de leur caractère légal avant et depuis 1789; des avan- « tages que la société en retire, quand ils sont sérieux, pour « le crédit de l'État, la facilité des transactions privées et la « modération de l'intérêt de l'argent; enfin des combinaisons « les plus propres à en affermir et à en régulariser l'usage, « sans qu'ils puissent être aisément détournés de leur fin légi- « time et servir aux opérations hasardeuses du jeu. »

Programme. — « C'est à partir de l'arrêt du Conseil d'État du 24 sep- « tembre 1724 qu'il est intéressant de suivre, dans les édits et la jurispru- « dence, l'histoire des marchés à terme des effets publics, et c'est aussi cette

« époque que l'Académie signale aux concurrents comme le vrai point de « départ de l'analyse historique qu'elle leur demande. Elle les invite aussi « à s'expliquer sur l'utilité des marchés à terme, et surtout à rechercher, « soit dans des combinaisons théoriques, soit dans des expédients emprun- « tés à la législation ou à la coutume des autres États, les moyens qui, sans « gêner la liberté de la spéculation licite, sembleraient les plus efficaces pour « prévenir les coupables manœuvres de l'agiotage ou pour les réprimer. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Pour le concours de 1863, l'Académie propose le sujet suivant :

« Du prêt en matière civile et commerciale, du droit de « l'État d'intervenir dans la fixation du taux de l'intérêt, des « avantages ou des inconvénients de cette fixation; enfin, de « la combinaison qui pourrait le mieux concilier, en cette « matière, les données économiques avec le respect de l'équité, « de la moralité publique, et aussi des traditions de la société « française. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 500 francs.

Concours général.

L'Académie se réserve de décerner, en outre, une ou plusieurs médailles d'or, d'une valeur de 100 à 500 francs, aux travaux les plus remarquables qui pourront lui être adressés par les auteurs sur un sujet de leur choix et se rattachant à une des branches de la science juridique. (Délibération de l'Académie du 19 juin 1861.)

Concours spécial des lauréats universitaires.
Prix de l'Académie.

Les licenciés en droit, les aspirants au doctorat, les docteurs, qui depuis *moins de cinq ans* ont obtenu des prix dans les concours pour la licence ou le doctorat, dans l'une des Facultés de droit de l'empire, ou obtenu des distinctions analogues et correspondantes dans les Universités étrangères, sont seuls admis à ce concours.

Les auteurs jouissent de toute liberté pour le choix du genre et du sujet, qui pourra porter sur toutes les branches du droit indistinctement.

L'Académie *présentera*, à la séance de la *fête de Cujas*, les Mémoires qu'elle aura jugés dignes de cette distinction académique.

Le nombre des présentations n'est pas limité.

L'ordre dans lequel elles seront faites sera réglé d'après la date de la réception des Mémoires.

Une médaille d'or de la valeur de 200 francs, qui prendra le titre de *prix de l'Académie*, sera décernée, s'il y a lieu, au meilleur des Mémoires reconnus dignes d'être *présentés*. (Délibération de l'Académie du 2 mai 1855.)

Prix du ministre de l'instruction publique et des cultes.

L'Académie décernera une médaille d'or de la valeur de 300 francs, fondée par Son Exc. M. le ministre de l'instruction publique et des cultes, à la composition qui sera reconnue la plus remarquable *sous le rapport de la science du droit et par les qualités du style*.

Les Mémoires qui, dans le courant de l'année précédente, ont obtenu, devant l'une des Facultés de droit de l'empire, le premier prix au concours ouvert entre les aspirants au doctorat et les docteurs, concourent seuls pour le prix du ministre de l'instruction publique et des cultes. (Arrêté ministériel du 30 mai 1855.)

Dispositions générales.

I. Les Mémoires devront être déposés, au plus tard, le 30 avril de l'année pour laquelle le concours est ouvert.

(Les adresser *franco* au secrétaire perpétuel de l'Académie, rue Croix-Baragnon, 9, à Toulouse.)

II. Les prix seront distribués dans la séance annuelle de la *fête de Cujas*.

III. Les Mémoires seront écrits en français ou en latin.

IV. Les enveloppes cachetées, contenant les noms des auteurs, ne seront ouvertes que dans le cas où le Mémoire aura obtenu une distinction.

V. L'auteur qui livrerait son Mémoire à la publicité avant la séance solennelle perdrait tout droit au prix qu'il aurait obtenu.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

DE LA NOUVELLE ORGANISATION JUDICIAIRE PROJETÉE EN ITALIE.

LES TROIS DEGRÉS DE JURIDICTION. — LA COUR DE CASSATION.

Par M. FREMY-LIGNEVILLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

PREMIÈRE PARTIE.

LES TROIS DEGRÉS DE JURIDICTION.

Une vive discussion s'agite en ce moment en Italie sur l'organisation judiciaire. J'ai habité ce beau pays, principalement en Toscane; j'ai pu l'étudier dans son passé et dans son état présent; je me suis approprié avec sollicitude sa belle langue; les chefs-d'œuvre du génie italien dans les sciences et les arts y ont fait mon admiration. J'y ai connu des hommes très-remarquables par leurs lumières et l'élévation de leurs sentiments. Quelques-uns sont devenus mes amis. Ils m'ont initié à la discussion qui s'agite. Si je me suis permis d'y participer moi-même dans la presse italienne, c'est que j'étais attiré par mon affection pour l'Italie, par la grandeur du sujet, par l'amour sincère de la vérité et de la justice, dont la recherche est toujours une noble entreprise. En même temps, je sentais que la France ne pouvait rester indifférente à l'organisation de ce peuple voisin, qui tend à devenir une nation puissante, peuple avec lequel elle a tant de rapports sympathiques et de si grands intérêts dont l'importance doit s'accroître dans l'avenir. Depuis longues années notre organisation judiciaire y a pénétré; elle est installée dans le Piémont, en Toscane et à Naples; mais les États romains ont l'organisation très-compliquée du droit canonique, et la Lombardie avait l'organisation allemande avec ses deux appels ou trois degrés de juridiction. Il s'agit de savoir lequel des deux systèmes l'emportera, de l'organisation allemande, ou de l'organisation française plus ou moins modifiée.

On pouvait s'attendre à ce que l'organisation française, si

simple, si claire, si pratique, et basée aujourd'hui sur une expérience qui en a démontré tous les avantages, serait admise de préférence sans trop de difficultés. Il n'en est rien. Au milieu de toutes les opinions qui se donnent carrière et de tous les systèmes qui surgissent, on voit que l'organisation française est le moins en faveur. Chose singulière ! ce sont les organisations allemande et canonique qui ont le plus de partisans. Tous les articles que nous avons lus dans les journaux judiciaires italiens demandent trois degrés de juridiction. Déjà, en 1859, on a aboli les jugements en dernier ressort et permis d'appeler pour la valeur la plus minime, même en justice de paix, système évidemment vicieux. Quant à la Cour de cassation, elle a de nombreux et puissants adversaires, comme nous le verrons dans la seconde partie de ce travail.

Relativement à la législation, M. le ministre de la justice a présenté aux Chambres de Turin un projet de Code civil modelé sur le Code Napoléon ; mais il s'en défend en ces termes : « Je sais, « dit-il, que certains hommes rejettent en principe tout Code « d'imitation française. Mais l'école française d'un caractère « positif, pratique, populaire, s'est approprié les vastes et « longs travaux des siècles antérieurs ; elle les a éclairés avec « le flambeau de la philosophie nouvelle ; elle a réussi à créer « un droit moderne. La grandeur et l'unité de la nation fran- « çaise, son génie apte par sa nature à s'assimiler rapidement « toutes les idées, à les vulgariser, à les formuler, à les traduire « en actes, furent de grandes causes qui produisirent un grand « effet. Dois-je ajouter que les mêmes causes appliquées à la « politique et à la philosophie ont conduit la nation française à « cette révolution mémorable qui a créé une ère nouvelle de « civilisation ? Voudrions-nous répudier cette civilisation parce « qu'elle vient de la France ? »

D'un autre côté, des Italiens disent : Soyons Italiens en toute chose, et seulement Italiens ; n'empruntons rien aux étrangers ; l'Italie a donné des lois aux autres peuples [1] ; nous n'avons qu'à étendre la main pour avoir une législation nationale : elle est dans les Pandectes ; soyons-en fiers [2]. En accomplissant la grande œuvre de sa nouvelle législation, l'Italie atteindra la gloire de mettre les autres nations sur la voie du droit, conformément

[1] Journal *la Legge*, n° 24.
[2] Journal *la Legge*, n° 28.

aux principes de la nouvelle Europe [1]. Le savant et honorable M. Gaetano Bandi, président de la chambre des requêtes à la Cour de cassation de Milan, ajoute : « Il faut surtout renoncer à « la funeste illusion des Codes de type français ; ils sont pour « le droit le lit de Procuste ; ils n'ont fait, ne font et ne feront « que l'estropier et le mutiler. Le droit est gravé à tout jamais « dans les Pandectes ; il lui faut la majesté d'une langue hé- « roïque et l'immutabilité d'une langue morte. Balbutié par les « langues modernes, morcelé en articles et en paragraphes « dans les Codes nouveaux, il me fait l'impression douloureuse « du *Moïse* de Michel-Ange, en bois, et de la *Divine comédie* « en dialecte. Un Code de type français produit l'éclipse « du droit en substituant aux Pandectes le *Journal du Palais* et « la raison individuelle à la raison universelle. Je souhaite au « gouvernement de donner à l'Italie *des lois de son propre métal* « et de chasser l'étranger de notre législation..... [2] »

Ces paroles que nous traduisons littéralement, qui sont en contradiction avec la tendance allemande en fait d'organisation judiciaire, et que nous nous réservons de réfuter, ont eu du succès en Italie. Un autre savant magistrat a dit qu'elles devaient être écrites en lettres d'or [3]. En s'exprimant ainsi il a certainement pensé que ces paroles répondaient au premier sentiment d'orgueil d'une nation qui s'éveille et qui se promet de grandes destinées.

Ce fidèle résumé des idées publiées en Italie ouvre un vaste champ aux méditations du jurisconsulte. Je vais présenter quelques observations d'abord sur les trois degrés de juridiction et sur la Cour de cassation. Plus tard je m'expliquerai sur les Codes actuels et sur la valeur du droit romain dans les sociétés modernes.

Mais on nous oppose avant tout deux fins de non-recevoir par lesquelles on prétend nous fermer la discussion. On dit :

1° Les Français habitués depuis longues années à leur organisation judiciaire ne peuvent pas juger d'une autre organisation ; l'habitude les empêche de voir ;

[1] Journal *la Legge*, n° 69. — L'Italica nazione compiendo la grand' opera della legislazione nuova conseguirà la gloria di portare altre nazioni in sulla via del diritto secondo i principii dell' era novella a cui l'Europa è pervenuta.

[2] Journal *la Legge*, n° 5.

[3] Journal *la Legge*, n° 77.

2° Ce qui est bon pour la France peut ne pas être bon pour l'Italie.

Nous répondons :

1° Avant 1789, la France avait eu pendant des siècles d'autres institutions judiciaires; elle en a changé; donc l'habitude ne l'empêche pas de voir clair en cette matière. Elle a trouvé des institutions meilleures; elle y persévère; la persistance dans le vrai ôte-t-elle la faculté d'apprécier les autres systèmes? ne donne-t-elle pas, au contraire, plus d'aptitude pour en juger? Assurément, en France, depuis Descartes, on a prouvé, plus qu'en tout autre pays, qu'on ne se laissait pas dominer par l'habitude des idées; tout y a été mis en question, et y a passé par les discussions les plus approfondies.

2° Sur le second point nous disons : dans toute législation, au-dessus des dispositions purement locales, s'élève la partie qui règle les intérêts les plus généraux de la société. Cette partie prend sa source dans les principes de vérité et de justice éternelles, qui sont du droit des gens et applicables chez tous les peuples; elle n'est ni française, ni italienne, ni allemande; elle est la raison humaine formulée en loi générale; elle est l'expression des progrès de l'esprit humain; elle ne connaît pas de frontières; on ne doit la chasser d'aucun pays, par la raison qu'elle règne dans un autre, aujourd'hui surtout que les nations entraînées par un rapide mouvement tendent à s'unifier dans un même esprit, à confondre leurs intérêts dans une vie commune. Le système d'isolement appartient aux temps barbares du moyen âge, lorsque chacun s'enfermait chez soi et disait, la main sur la garde de son épée : *Celui-là est d'un peuple, et moi je suis d'un autre peuple*; il appartient à l'empire chinois, qui depuis des milliers d'années reste séparé du monde entier avec une législation *de son propre métal*. Les anciens Romains ont emprunté à la Grèce leurs lois, leurs sciences, leur littérature, leurs beaux-arts, et à tous les pays conquis leurs bonnes institutions. Lorsque la France a fondé sa législation nouvelle, elle n'a pas repoussé le jury au criminel parce qu'il était d'origine anglaise. L'Italie n'a repoussé ni la vapeur ni les lignes électriques parce qu'elles ont été inventées en pays étranger; elle n'a pas dit qu'elle voulait une science physique *de son propre métal*. Espérons qu'elle agira de même pour sa législation.

Parmi les règles générales du droit applicables dans tous les

pays, sont celles qui concernent l'organisation judiciaire, leur objet étant de procurer aux peuples une bonne administration de la justice..

A ce titre, j'aborde, à l'égard de l'Italie, la question de savoir si la justice est mieux rendue avec un seul ou avec deux appels, avec deux degrés ou avec trois degrés de juridiction. Mais il est important de prévenir que nous n'entendons raisonner que dans l'hypothèse d'une législation unique pour toute l'Italie, et nullement dans celle d'un pays soumis à des législations diverses. L'unité seule de législation permet de penser à une bonne organisation judiciaire et de la réaliser.

Dans notre examen, deux ordres d'idées se présentent : l'un historique, l'autre de démonstration intrinsèque. Voyons d'abord le premier.

L'ancienne Rome, sous le gouvernement des rois, nous donne très-peu de renseignements sur les appels. On suppose généralement que l'appel était porté devant le roi ; sous la république, il était porté devant le peuple pour les affaires politiques et criminelles ; mais pour les affaires civiles il n'y avait pas d'appel comme nous l'entendons aujourd'hui ; on pouvait, contre tout acte judiciaire, depuis la *formula concepta* jusqu'à l'exécution, invoquer l'intervention de l'autre préteur, des consuls ou des tribuns. Cette intervention de droit commun arrêtait le jugement ou en paralysait les conséquences. C'était le droit de *veto* reconnu par la vieille constitution romaine à tout magistrat revêtu de l'*imperium* ou de la *potestas*. Sous l'Empire, avant Dioclétien, il n'y eut qu'un seul appel ou deux degrés de juridiction : à Rome on appelait des préteurs au préfet de la ville (*prefectus urbis*); en Italie, des magistrats municipaux aux correcteurs; dans les provinces aux légats et aux gouverneurs ; dans une foule de cas au sénat. Du *judex* donné on appelait à celui qui l'avait établi [1]. On pouvait aussi appeler devant l'empereur, mais ce n'était point là un degré de juridiction ; c'était une sorte de recours en grâce, une justice exceptionnelle. Le pouvoir de l'empereur était au-dessus de la loi ; il jugeait suivant son bon plaisir : *Quod princeps vult legem esse constat..... Quod principi placuit legis habet vigorem.*

Sous Dioclétien et après son abdication, la puissance souve-

[1] Walter-Laboulaye, *Procédure civile chez les Romains*, ch. 9, p. 96. — Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain*, Introduction, p. 21.

raine fut partagée entre plusieurs princes. On tomba bientôt dans la décadence de l'Empire. On conçoit qu'au milieu des désordres de cette époque, la justice fut mal administrée; elle devint très-vénale; beaucoup d'abus s'introduisirent; les appels se multiplièrent à tel point que l'empereur Justinien fut obligé d'interdire d'appeler plus de deux fois : *Ne liceat in unâ eâdem causâ tertiò provocare. Leg. unic. Cod. tit.* 70. Justinien défendit même d'appeler des jugements interlocutoires, *ne lites in infinitum extendantur*. L. 36, C., *De app.*, VII, 62.

En France, sous les rois de la première race, on appelait du *placita* de première instance devant le *placita* du Roi, tribunal composé de quelques grands du royaume ou du palais. Le *placita* général ne connaissait qu'extraordinairement de quelques affaires particulières que le Roi lui renvoyait.

Vint ensuite l'appel par le combat judiciaire.

Jusque-là il n'y eut qu'un seul appel ou deux degrés de juridictions.

Mais sous le régime de la féodalité un grand nombre de juridictions surgirent. Le droit d'appel n'était limité par aucune règle. On pouvait appeler, de degré en degré, du moindre tribunal seigneurial à la châtellenie, de la châtellenie à la baronnie, de la Cour de baronnie a celle du grand fief, et enfin à la Cour du roi. Beaucoup d'autres juridictions exceptionnelles se croisaient et se combinaient d'une manière très-compliquée. Avec le temps, du milieu de la confusion on voit se détacher plus nettement deux branches principales de juridiction, ce sont : 1° la justice seigneuriale, comprenant la basse, la moyenne et la haute justice; 2° la justice royale, comprenant la prévôté, le bailliage ou sénéchaussée et le parlement; au-dessus de tous s'élevait le Conseil du Roi. De la basse et moyenne justice on appelait à la haute, puis au bailliage et au parlement duquel on pouvait encore recourir au Conseil du Roi. Mais on reconnaissait l'inconvénient des lenteurs de cette justice; on permettait souvent de franchir un degré et d'appeler directement au tribunal du degré supérieur, *omisso medio*. En outre on usa largement du droit d'évocation; en sorte que les instances furent souvent réduites à trois et même à deux.

Ce résumé historique des appels nous apprend que les trois instances ont pris naissance et ont surtout existé dans les temps les plus malheureux de la décadence de l'Empire et de la féoda-

lité, temps d'abus et de désordres, auxquels participait inévitablement l'administration de la justice. Nous savons bien que les trois instances ont été admises et existent encore dans le droit canon ; mais lui-même les avait puisées dans les institutions du Bas-Empire et de la féodalité.

Tel était l'état des choses lorsqu'en 1790 l'Assemblée constituante de France eut la mission de fonder les principes d'un droit social nouveau qui sert aujourd'hui de base et d'impulsion à toute l'Europe, mission providentielle qui procéda des immenses travaux scientifiques et philosophiques des deux siècles précédents.

Cette assemblée eut à rechercher quelle pouvait être parmi les hommes la meilleure administration de la justice, la meilleure organisation judiciaire. Elle n'examina pas la question seulement au point de vue français, mais au point de vue général de l'organisation de toute société. Après une longue discussion fut rendue solennellement la loi du 1er mai 1790, portant qu'il n'y aurait que deux degrés de juridiction. Qu'on ne dise pas que cette loi fut inspirée par la réaction contre les anciens parlements. En l'an VIII, en 1806, en 1810, en 1835 et en 1848, on s'occupa de nouveau de l'organisation judiciaire en France. A ces différentes époques le souvenir des anciens parlements était effacé; leur influence politique n'était plus à craindre. Cependant on ne pensa jamais à rétablir les trois instances. Jamais personne, depuis soixante ans, ne les a réclamées dans la presse ni à la tribune. On a bien demandé que les deux degrés de juridiction fussent réduits à un seul sans appel, mais trois instances, jamais. C'est que la France en avait fait l'expérience pendant plusieurs siècles; elle en connaissait les inconvénients ; elle avait aussi expérimenté les deux degrés de juridiction ; elle pouvait comparer les deux systèmes et juger de leur mérite, non pas seulement par théorie, mais par pratique; elle reconnut que le dernier système était le meilleur mode de rendre la justice dans l'intérêt des parties comme dans l'intérêt de la société, et ce système a constamment prévalu. Il a été adopté en Belgique et en Piémont, et il tend à s'établir dans tous les pays qui travaillent à leur réforme judiciaire.

Mais, me dira-t-on, ce ne sont là que des appréciations historiques qui ne prouvent rien sur la nature de la chose en elle-même. Qu'importe ce qu'on a fait hier dans un pays quel-

conque? Ne peut-on pas faire différemment aujourd'hui? Eh bien! soit; laissons là l'histoire, quoique ce soit difficile dans les questions de sciences morales et politiques; examinons la nature intrinsèque des choses, et nous allons voir que le système des deux degrés de juridiction s'appuie sur les raisons les plus solides.

Un premier point important qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que le tribunal d'appel n'est pas d'une valeur *égale* à celui de première instance; il est d'une valeur *supérieure*. Ce fait semble inutile à énoncer, tant il est évident. Cependant nous devons le poser fortement, parce qu'il répond, comme nous le verrons plus loin, aux raisons sur lesquelles on base le système des trois instances.

Le tribunal d'appel est supérieur d'abord par le *nombre* des magistrats : ils sont sept pour juger les affaires civiles, tandis qu'en première instance ils ne sont que trois.

Il est ensuite supérieur par la *capacité* des magistrats : on les choisit parmi les plus capables de première instance; ils sont plus anciens dans la magistrature; ils ont une plus longue expérience des affaires. Opposerait-on des exceptions? Mais je raisonne ici d'après ce qui arrive habituellement, *quod plerumque fit*.

En outre, en appel, les affaires se présentent déjà éclairées par le travail de première instance; les questions sont mieux précisées, plus nettes, plus simples à juger; l'examen fait par un plus grand nombre de magistrats est plus approfondi; la délibération est plus ample, plus complète. Le tribunal d'appel opère sur un jugement qui a déjà établi la situation. Pour infirmer ce jugement, il faut des motifs nouveaux, un nouveau travail, l'examen le plus attentif.

Enfin, le juge d'appel est, le plus souvent, éloigné des lieux où les faits se sont accomplis, inconnu aux parties, étranger à leurs passions, hors des influences locales, plus en position de juger impartialement.

Ainsi le tribunal d'appel réunit toutes les garanties de supériorité désirables pour assurer aux parties, en cas d'erreur, un meilleur jugement qu'en première instance : supériorité de nombre, de capacité, d'examen, d'indépendance et d'impartialité. Ajoutons trois éléments d'instruction qui n'ont pas toujours existé dans les temps antérieurs, et qui aujourd'hui permettent

d'arrêter plus facilement le procès au deuxième degré de juridiction : nous voulons parler de l'instruction orale, de la publicité des audiences et de l'obligation imposée aux tribunaux de motiver leurs jugements.

Alors, pourquoi recourir à un troisième tribunal? L'affaire a été jugée avec toutes les précautions humainement possibles pour arriver à un bon jugement ; une autorité supérieure a prononcé en pleine connaissance de cause ; le jugement doit être définitif. Craint-on que le tribunal d'appel se soit trompé? Mais un troisième tribunal pourrait se tromper encore : *in pejus reformaret*, disait Ulpien [1], qui ne paraît pas aimer beaucoup les appels. Il faut en finir, tout a un terme. Un avis du Conseil d'État du 18 janvier 1806 disait avec raison : « Des « juges supérieurs sont établis pour réparer les erreurs d'une « première décision ; s'il était encore permis de remettre en « question ce qui aurait été jugé par les Cours d'appel, où « faudrait-il arrêter ces examens ultérieurs et quelle plus forte « garantie la société aurait-elle contre les erreurs de troisième « ou de quatrième degré? » Ces paroles, dictées par l'expérience, sont l'expression d'un juste sentiment des choses.

Vouloir qu'on puisse en appeler à un troisième tribunal, c'est frapper d'avance la seconde décision de suspicion et de discrédit ; c'est déconsidérer le deuxième tribunal ; c'est méconnaître sa supériorité hiérarchique ; c'est renverser l'ordre et l'autorité sur lesquels repose toute organisation sociale.

Les intérêts de la société seraient atteints sous un autre rapport. En effet, une bonne organisation judiciaire n'a pas seulement pour objet de protéger les intérêts des particuliers ; elle doit aussi correspondre aux besoins de l'ordre social. S'il est nécessaire que justice exacte soit rendue aux plaideurs, il ne l'est pas moins que la société ne soit pas troublée par les contestations judiciaires, et que les procès ne durent pas trop longtemps, *ne lites in infinitum extendantur* ; ils fomentent la discorde dans les familles et mettent la désunion entre les hommes. Un procès n'est pas toujours un acte de raison ; souvent la passion s'en mêle ; en appel elle s'anime davantage, *crescit eundo* ; que sera-ce devant un troisième tribunal? Il est du devoir de l'autorité publique de mettre

[1] D., *De appell.*

un frein à ces mauvaises passions et de ne pas leur fournir un funeste aliment par la multiplication des tribunaux. Leur trop grand nombre est un danger et n'est pas une garantie de meilleure justice. Les pays où les tribunaux sont le plus nombreux, comme les États romains, ne sont pas ceux où la justice est le mieux administrée.

Mais veut-on ne considérer que l'intérêt des parties? Une troisième instance lui est certainement contraire.

D'abord elle les jette dans des frais énormes qui souvent absorbent l'objet du litige. L'homme peu fortuné ne pourra pas continuer la lutte jusqu'à la fin, et obligé de s'arrêter, il succombera sous les moyens d'un adversaire plus riche.

D'un autre côté, quel est l'état actuel de la société? Depuis la découverte des immenses forces motrices dont elle dispose, un vaste développement industriel, un mouvement d'affaires inconnu aux siècles précédents, entraîne le monde dans un rapide tourbillon. On a besoin d'aller vite, d'abréger, d'arriver à un prompt résultat. Dans cet entraînement général, un procès c'est la suspension de la vie; c'est un malheur : il paralyse le capital en litige, met en souffrance le crédit des parties, les remplit de pénibles préoccupations, quelquefois d'angoisses douloureuses, consume stérilement leur activité, leur fait perdre un temps précieux qui, mieux employé, leur produirait souvent plus que le gain du procès. Aussi en France on est aujourd'hui plus enclin qu'autrefois à en finir par un arrangement.

Quand les parties arrivent sur le seuil du temple de la justice, qu'on leur demande si elles veulent être jugées trois fois, pas une n'acceptera; elles préféreront un seul jugement. La preuve en est ce qui se passe en matière d'arbitrage; dans tous les compromis ou insère la clause que le tribunal arbitral jugera sans appel ni recours en cassation. Une troisième instance est donc contraire au vœu présumé des parties comme à leurs intérêts. Ses lenteurs ne sont plus en harmonie avec notre époque; nous ne sommes plus aux temps de l'ancienne société romaine ni dans les ténèbres du moyen âge et de la féodalité. Une troisième instance est aujourd'hui un anachronisme; qu'on l'ait conservée en Allemagne, cela se conçoit : l'Allemagne n'a généralement pas d'unité de législation, pas d'instruction orale, pas de publicité des audiences; aucune déconverte, aucun progrès notable n'en est sorti dans les temps modernes; elle est

sans vie industrielle; elle est encore endormie dans les liéns du régime féodal. L'Italie le sait bien; qu'elle tourne plutôt ses regards vers l'Angleterre, ce pays le plus industriel de l'Europe. Là elle ne verra, en principe, qu'un seul degré de juridiction qui est le jury pour les affaires civiles; l'appel n'y est admis que par exception pour certaines affaires, après examen et permission spéciale du juge; là on connaît l'importance du temps; on dit *time is money*.

La France, avec son sens pratique, a justement pensé qu'un seul degré de juridiction était une exagération de rapidité; elle s'est placée entre les deux extrêmes.

Est modus in rebus, sunt certi denique fines
Quos ULTRA CITRAQUE *nequit consistere rectum.*

Voyons maintenant quelles raisons invoquent ceux qui veulent en Italie une troisième instance.

On dit : Quand le jugement de première instance est infirmé en appel, les deux décisions contraires se paralysent; les deux parties se trouvent dans une situation égale; il y a doute sur chacune des deux décisions; c'est une fiction de prétendre que la dernière décision a mieux jugé que la première; la chose jugée ne peut résulter que de deux sentences conformes dont l'une confirme l'autre. Il faut donc un troisième tribunal qui décide entre les deux premiers. Voilà l'argument dans toute sa force.

Il repose évidemment sur une idée fausse qui consiste à mettre le tribunal d'appel au même rang que le tribunal de première instance, et à considérer les deux décisions comme étant d'une valeur égale. Erreur fondamentale.

La supériorité du tribunal d'appel, en nombre, en capacité, en examen, en indépendance, en impartialité, n'est pas une fiction; c'est une réalité incontestable; elle réunit toutes les garanties de bonne justice qu'on puisse désirer dans un tribunal. Des lors la décision du tribunal d'appel a une autorité supérieure à la décision de première instance; elle la domine, elle l'anéantit. On ne peut plus dire que les deux décisions contraires se paralysent, puisque la première n'existe plus; ni que les deux parties soient dans une situation égale. Il ne peut plus y avoir aucun doute sur le procès; il y a chose jugée par

l'autorité supérieure. Méconnaître cette supériorité c'est, nous le répétons, renverser toute hiérarchie.

D'ailleurs, si le tribunal d'appel n'avait qu'une autorité égale à celle du tribunal de première instance, il n'aurait pas le pouvoir censorial, infirmatif. Il n'y aurait plus de raison pour porter l'appel devant lui. Serait-ce pour voir s'il jugera d'une manière conforme ou contraire à la première décision? Ce serait là un jeu puéril indigne de la majesté de la justice. Mieux vaudrait ordonner de suite qu'on s'en tiendra à la première décision sans appel.

Il n'est pas exact de dire qu'il faut deux sentences conformes pour établir la chose jugée, puisque la chose jugée peut résulter d'un seul jugement dont il n'y a pas d'appel. On a toujours entendu en droit par chose jugée ce qui est décidé par un jugement qui ne peut plus être attaqué par aucune voie ordinaire, et non pas ce qui est décidé par deux sentences conformes : *res judicata dicitur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit.* D., L. 1, *De re jud.*

Les défenseurs de la troisième instance disent encore : Dans le système de deux instances il peut arriver qu'on gagne le procès en appel quoiqu'on n'ait que la minorité dans les voix de première instance et d'appel réunies ensemble, tandis qu'on peut le perdre en ayant la majorité des mêmes voix. Par exemple, lorsque celui qui n'a pas eu une seule voix en sa faveur en première instance gagne en appel avec quatre voix, et que celui qui a gagné en première instance avec trois voix perd en appel avec trois voix, ce dernier perd en définitive son procès avec six voix contre quatre, c'est-à-dire avec la majorité en sa faveur contre la minorité qui fait gagner son adversaire.

Nous répondons que cette manière de compter les voix n'est nullement admissible par plusieurs raisons. On ne peut pas confondre ensemble les juges de première instance et les juges d'appel pour en former un total et prendre dans ce total une majorité et une minorité. On ne le peut pas d'abord parce que ces deux ordres de magistrats n'ont ni délibéré ni jugé ensemble, ensuite parce qu'ils ne sont pas égaux en autorité, ceux d'appel étant supérieurs à ceux de première instance. Enfin il n'est pas permis, pour faire ce compte de majorité et de minorité, de rechercher comment les juges ont voté en première instance et en appel : ce serait les désigner à l'ani-

mosité des plaideurs, ce serait causer un trouble social; ce serait rabaisser la majesté de la justice. La sentence doit être considérée comme étant l'œuvre du tribunal tout entier. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a eu majorité dans les deux cas, en première instance et en appel. Celui qui gagne avec la majorité de première instance peut perdre en appel en vertu d'une autre majorité qui est d'une valeur supérieure : ce sont deux majorités successives dont la seconde anéantit la première. Il n'y a rien là que de très-rationnel et de parfaitement légitime.

Si donc il n'est pas permis, comme nous venons de le voir, de rechercher comment ont voté les juges en première instance et en appel, ni de les réunir en un total pour les diviser en une majorité et une minorité, alors le calcul arithmétique des défenseurs de la troisième instance n'est plus qu'une supposition sans valeur, une impossibilité qui ne peut servir de base à aucun raisonnement; il n'est plus qu'un sophisme, une subtilité.

Un autre sophisme consiste à dire : Trois degrés de juridiction sont admis pour la question de droit dans les procès, savoir, la première instance, l'appel et la cassation. Pourquoi ne pas en admettre trois aussi pour la question de fait, qui est bien plus importante?

Il y a là une grave erreur. La Cour de cassation n'est pas un degré de juridiction; elle juge seulement dans l'intérêt de la loi et de la société, dans un intérêt d'ordre public; les parties ne profitent de la cassation que par voie indirecte et de conséquence. C'est ce que nous démontrerons plus loin en parlant de la nature de cette belle institution.

Le but de la troisième instance est, dit-on, d'obtenir deux sentences conformes. Mais ce but sera souvent manqué; il peut arriver que le second tribunal n'infirme qu'une partie du jugement du premier tribunal et confirme l'autre partie. Pourra-t-on appeler seulement de la partie qui infirme? n'est-ce pas là nourrir tristement les passions litigieuses? Il peut encore arriver que le troisième tribunal ait une opinion opposée à celle des deux autres tribunaux et rende une sentence différente. Que faire alors? on n'aura pas deux sentences conformes. Dira-t-on qu'on devra s'en tenir à la dernière décision? Mais il valait mieux s'en tenir tout d'abord à la décision du second tribunal. Pour éviter l'inconvénient d'une troisième opinion, forcera-t-on

le troisième tribunal à adopter l'opinion de l'un des deux autres? Mais alors le troisième tribunal est exposé à juger contre sa propre opinion; on lui ôte son libre arbitre; ce n'est plus un tribunal qui juge, c'est une machine qui fonctionne aveuglément. On lui fait une position pire que celle du tiers arbitre qui a été tant critiquée. Au moins celui-ci peut délibérer avec les deux autres arbitres et les amener à son opinion pour former une sentence nouvelle; la loi respecte ainsi sa liberté, tandis que celle du troisième tribunal, dans le système que nous combattons, serait totalement sacrifiée.

Quant au système étrange qui voudrait clore l'instruction de l'affaire soit en première, soit en seconde instance, à la manière allemande, et prohiber la présentation de nouveaux moyens en appel pour éviter la diversité des sentences, il est tellement contraire à toutes les notions modernes sur la bonne administration de la justice qu'il ne semble pas nécessaire de le discuter.

Telles sont les observations que j'avais à présenter contre la troisième instance; je passe actuellement à l'institution de la Cour de cassation.

DEUXIÈME PARTIE.

LA COUR DE CASSATION.

Une fois l'arrêt de la Cour d'appel rendu entre les parties, le procès, avons-nous dit, doit être terminé; elles ont eu dans ce tribunal supérieur tous les moyens humainement possibles d'être bien jugées; toute satisfaction leur a été donnée. Les faits de la cause ont reçu une appréciation complète; aux yeux de tous la décision doit être réputée juste, *res judicata pro veritate habetur*. Il y a chose irrévocablement jugée. La chose jugée s'appelait aussi chez les Romains *præscriptio*, et on peut lui appliquer ce qu'ils disaient de la prescription : *hic unus inter humanas procellas portus, quem si homines ferociâ volantiâ prætulerint, in undosis semper jurgiis errabunt*. Nous avons démontré qu'il n'était pas besoin de deux décisions conformes pour établir la chose jugée, mais qu'elle résultait de ce qu'une autorité supérieure avait prononcé, ou de ce qu'un jugement n'était plus attaquable par aucune voie ordinaire; il faut en finir; remettre encore les faits en question, ce serait causer un trouble

social par une prolongation indéfinie des contestations judiciaires.

Mais alors peut s'élever un intérêt autre que celui des parties, l'intérêt de la loi. Il importe au bon ordre social que la loi soit fidèlement observée, qu'elle reçoive une application exacte et nniforme dans toutes les parties de l'Empire. Si une Cour d'appel la viole à l'égard de certains faits admis par elle, si elle en fait une fausse application à l'aide d'une interprétation erronée, si plusieurs Cours l'entendent et l'appliquent en sens divers, alors la loi n'est plus la même pour tous les citoyens; elle est comme n'existant pas; il y a un désordre social des plus graves.

La partie qui en souffre doit pouvoir s'adresser à une autorité pour réclamer contre la violation de la loi ou la fausse interprétation commise à son égard.

Ici apparaît la nécessité d'une Cour suprême qui veille au maintien de la loi et en impose aux tribunaux l'exacte observation, non-seulement dans l'intérêt des parties, mais surtout dans l'intérêt social. Cette institution est la Cour de cassation, appelée aussi Cour *régulatrice*, nom qui indique parfaitement l'objet de sa mission.

N'ayant à s'occuper que de la loi, cette Cour n'a pas à juger les faits de la cause; elle les admet tels qu'ils ont été reconnus par la Cour d'appel; elle les tient pour irrévocablement établis; elle examine seulement si à ces faits ainsi établis la loi a été justement appliquée.

Il est évident, dès lors, que cette Cour n'est pas un troisième degré de juridiction, n'est pas un tribunal ordinaire; elle est un auxiliaire de la puissance législative, chargé de déterminer le sens de la loi et d'en surveiller l'application.

On disserte beaucoup en Italie sur l'origine de cette institution. Un honorable conseiller à la Cour d'Ancône, partisan d'une Cour de cassation, prétend qu'elle existe à Rome depuis plus de quatre cents ans dans le tribunal de la *segnatura*. Un savant jurisconsulte de l'école dite Modenaise, très-hostile à toute Cour de cassation, soutient qu'elle est d'origine française. Qu'importe, si l'institution est bonne? C'est par sa nature et ses effets, et non par son origine, qu'il faut en juger. Quant à nous, nous ne sommes pas assez informés de ce qui se passe au tribunal de la *segnatura* pour pouvoir en parler; mais nous trou-

vons des traces de la cassation, bien imparfaites, il est vrai, dans l'ancien droit Romain. « Indépendamment de l'appel, il y avait d'autres causes qui pouvaient paralyser une sentence rendue. Ainsi, un jugement qui violait évidemment les règles et les formes établies, et qui manquait de certaines conditions essentielles à sa validité, pouvait, sans appel, être considéré comme nul et rescindé [1]. »

Les origines de la cassation en France sont exposées avec un talent éminent dans le titre Ier d'un sayant travail fait dans l'*Encyclopédie du droit*, v° *Cour de cassation*, par M. Delangle, alors (1847) avocat général à la Cour de cassation, aujourd'hui Ministre de la justice. Elles sont aussi retracées dans un discours de rentrée prononcé à la Cour de cassation le 4 novembre 1855 par M. de Royer, alors procureur général [2]. Ces travaux nous font voir les premiers germes de la cassation, en 560, sous la première race des rois de France, dans une constitution de Clotaire Ier; sous la seconde race dans les capitulaires de Charlemagne et de Charles le Chauve; sous la troisième race dans les *Établissements* de saint Louis et dans une ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1302; par la suite, la cassation s'est formulée de plus en plus jusqu'à ce qu'enfin le grand Conseil du Roi, et après lui le Conseil des parties en furent expressément chargés, mais avec l'inconvénient que le Conseil des parties présidé par le Roi était tout à la fois le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire confondus ensemble. En outre le Conseil des parties avait le droit d'évoquer les affaires et de les juger au fond.

Les choses étaient en cet état lorsqu'en 1790 l'Assemblée constituante prononça la séparation du pouvoir judiciaire des deux autres pouvoirs, et, avec un admirable sentiment des besoins de l'organisation nouvelle, institua une Cour de cassation chargée de statuer seulement sur les points de droit. « Il y a « deux motifs principaux, disait Barnave dans la séance du « 8 mai 1790, pour l'établissement d'une Cour de cassation : « premièrement conserver l'unité monarchique, employer les « moyens les plus propres à lier entre elles toutes les parties

[1] Walter-Laboulaye, *Procédure civile chez les Romains*, ch. 9, page 101. — LL. 1, 2, 3, D., *Quæ sent. sine app.* XLIX, 8; LL. 1, 2, 4, 7, C., *Quando provocare non est necesse*, VII, 64.

[2] *Gazette des tribunaux* des 4, 5 et 6 novembre 1854.

« politiques de l'Empire et prévenir une division qui conduirait « au gouvernement fédératif; secondement maintenir l'unité « de législation et prévenir les diversités de jurisprudence. « Il faut un établissement qui soit un, qui s'étende à toutes les « parties de la France, qui puisse les lier, les réunir; la cassa- « tion pour transgression des lois doit être placée au sommet « de l'ordre judiciaire pour prévenir les écarts des juges et leur « imposer sans cesse le frein de la loi. » — M. Merlin ajoutait : « Le tribunal de cassation sera le gardien suprême de la loi, le « conservateur des propriétés et le lien des tribunaux d'appel. »

La jurisprudence est le cortége indispensable de la loi; elle a un rôle trop important dans la science du droit pour qu'on l'abandonne aux mille variations de tous les tribunaux, et qu'on n'en fasse pas régler la marche par un grand corps judiciaire. « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence; il peut « être éclairé par elle, et il peut de son côté la corriger; mais « il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, « qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans « le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un « texte précis que la combinaison de plusieurs textes qui con- « duisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne « peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. » (Portalis, *Discours préliminaire sur le Code civil.*)

Depuis son établissement en France, la Cour de cassation a dignement rempli sa grande mission. « On l'a toujours vue à « toutes les époques, dit M. Delangle, nº 123, *loco cit.*, assurer « la stricte et sincère exécution des lois, maintenir soigneuse- « ment l'ordre des juridictions, arrêter les empiétements des « tribunaux et défendre avec sollicitude l'État, la Constitution « et l'ordre public. » Elle a fondé une jurisprudence qui éclaire la législation d'une vive lumière. Si quelques variations se sont produites, on peut néanmoins affirmer qu'après peu d'années sa jurisprudence est fixée sur une question, et qu'elle est généralement suivie par toutes les Cours de l'Empire. C'est à peine si en deux ans la Cour suprême se réunit une fois en audience solennelle pour juger une affaire dans laquelle deux Cours d'appel auraient rendu une décision contraire à la sienne. Ce fait est significatif; il atteste la juste et incontestable autorité que la Cour de cassation possède en France. Aussi, au milieu des révolutions qui sont survenues, jamais l'institution n'a été

l'objet d'aucune attaque. On a toujours compris qu'elle avait contribué, dans la mesure de ses pouvoirs, à donner à la France cette unité compacte qui fait la base inébranlable de son invincible puissance.

Des personnes mal informées en Italie ont prétendu qu'en France on désirait de grands changements à cette institution. C'est une erreur complète. Quelques critiques rares et isolées, sans autorité et sans écho, ne sauraient être prises sérieusement en considération alors que la Cour de cassation est entourée d'une vénération qui prend sa source dans le sentiment profond et universel de son utilité sociale. En 1835, et surtout en 1849, on examina si quelques modifications ne devaient pas être apportées à la chambre des requêtes. Chaque fois elles furent repoussées par la commission de la Chambre des députés et par la Cour de cassation elle-même. En 1849, la Cour de cassation s'y opposa à l'unanimité sur un savant rapport de M. Troplong ; la commission spéciale du ministère de la justice fut du même avis, et, dans la discussion qui eut lieu à l'Assemblée constituante, MM. Dupin et Odilon Barrot démontrèrent l'impossibilité de tout changement [1]. On demeura convaincu que dans un grand État, où les contestations judiciaires sont nombreuses, il fallait une chambre chargée de garder l'entrée du sanctuaire, d'examiner préalablement les affaires, d'écarter celles dans lesquelles l'arrêt attaqué ne contient que des appréciations de faits ou ne présente aucune violation de la loi, une chambre, enfin, qui ne laissât arriver au débat contradictoire que les pourvois fondés sur des moyens sérieux. La voie de la cassation est un remède extraordinaire, extrême ; il ne faut pas que l'accès en soit trop facile ; ainsi le veut le respect dû à la chose jugée en Cour d'appel ; il ne faut pas que tout plaideur passionné puisse attaquer téméreirement la sentence qui lui est contraire et prolonger follement le débat. Nous n'avons pas ici à parler davantage de la chambre des requêtes, puisque l'institution même de la Cour de cassation est en question en Italie. Sur tout ce qui concerne cette chambre on sera complétement éclairé par le travail remarquable de M. Delangle, dans l'*Encyclopédie du droit*, que nous avons déjà cité.

[1] V. *Moniteur* des 6 avril 1835, 4, 10 et 11 février 1849 ; *le Droit*, 19 juillet 1848.

En présence des éclatants services rendus par la Cour de cassation en France, on est étonné que l'utilité de cette institution soit mise en doute en Italie, où cependant il en a été fait une heureuse expérience. Pour la remplacer, l'esprit d'innovation, ordinaire aux temps agités, propose une foule de projets.

Les uns veulent six Cours supérieures de révision répandues dans toute l'Italie; d'autres n'en veulent qu'une seule dont les chambres seraient dispersées. Un notable jurisconsulte de l'école qu'on appelle en Italie Modénaise demande un seul tribunal supérieur, divisé en sections correspondant à autant de matières du droit. Ces sections seraient celles : 1° de droit civil pur; 2° des questions commerciales; 3° des questions criminelles; 4° du contentieux administratif; 5° de la procédure civile et criminelle, qu'on pourrait au besoin diviser en deux. La moindre notion pratique des affaires judiciaires fait comprendre qu'on ne peut pas diviser ainsi une Cour de justice par section de matières comme une école de droit est divisée en plusieurs cours. La même affaire peut présenter des questions de droit civil, de droit commercial, de procédure. Faudrait-il la faire juger par chaque section séparément? Est-ce praticable?

Un autre projet plus simple propose une espèce de Conseil d'État, à peu près semblable à l'ancien Conseil des parties qui existait en France ; mais il jugerait le contentieux administratif en même temps que les affaires civiles.

On aperçoit aisément les défauts de tous ces systèmes. Du reste, ils ont cela de commun que toutes ces Cours suprêmes jugeraient le fond de l'affaire et constitueraient le troisième degré de juridiction. Nous n'avons, dès lors, pas à discuter leur mérite, nous étant prononcé comme nous l'avons fait contre les trois degrés de juridiction.

Un autre système admet bien une Cour de cassation, mais par-dessus les trois degrés, et cette Cour, après avoir cassé, retiendrait l'affaire pour juger le fond dans une autre section, sans renvoi à une autre Cour. Ce serait un quatrième degré de juridiction, après lequel il ne serait pas permis d'aller plus loin.

Je n'ai remarqué qu'un seul défenseur d'une Cour de cassation jugeant seulement la question de droit, mais toujours par-dessus les trois degrés de juridiction. Toutefois, l'honorable

jurisconsulte qui la propose ne voudrait, pour constituer les trois degrés, que deux tribunaux; le second jugerait deux fois; après avoir été jugé dans une chambre, on passerait dans la chambre voisine pour se faire juger une troisième fois. On éviterait ainsi l'échafaudage de trois tribunaux étagés les uns par-dessus les autres. C'est une variante sur le système précédent. Au fond, les lenteurs de la justice seraient les mêmes.

Mais par quels arguments repousse-t-on pour l'Italie nouvelle la Cour de cassation telle qu'elle existe en France, en Belgique, et, ce qui est plus curieux, telle qu'elle existe en Piémont, en Toscane et à Naples? Il est intéressant de les connaître.

On dit d'abord : « La question de fait et celle de droit sont « ordinairement inséparables comme la matière et la forme, « comme l'âme et le corps. Oter à la Cour de cassation la con- « naissance du fait par la raison que le droit ne s'y trouve pas « engagé, c'est une erreur si grosse qu'on est étonné qu'elle « ait jamais pu faire illusion..... Quel est ce tribunal qui décide « non d'après la vérité des choses, mais d'après une supposi- « tion? Quelle institution plus singulière que celle d'un tribunal « qui décide, avec juridiction, *des hypothèses comme un corps « académique?* Car telle est en dernière analyse la Cour de « cassation. » Telles sont les paroles écrites[1] par l'honorable président de la chambre des requêtes à la Cour de cassation de Milan, adversaire déclaré des Cours de cassation.

Il y a dans cet argument une confusion d'idées évidente. Que dans toute contestation judiciaire il n'y ait pas un point de droit sans un point de fait qui lui serve de base et auquel il s'applique, personne ne le conteste. C'est en ce sens que le fait est inséparable du droit et qu'on dit : *ex facto jus oritur*. Mais il ne résulte pas de là que la question de fait ne puisse pas être jugée séparément de la question de droit, *et vice versâ*. Si l'on

[1] Journal *la Legge*, n° 5. La quistione di fatto e quella di diritto sono d'ordinario inseparabili come la materia e la forma, come l'anima e il corpo, e escludere la cassazione dal conoscere il fatto perchè in questo esame non è impegnato il gius, è tale un errore che fa maraviglia come abbia potuto creare illusione..... Qual è mai questo tribunal che decide non secondo la verità delle cose ma secondo una supposizione ? Quale istituzione piu singolare di un tribunale che decide *le ipotesi di un corpo accademico* con giurisdizione, che tale è in ultima analisi la cassazione?

y fait bien attention, le juge de première instance lui-même ne fait pas et ne peut pas faire autre chose : il commence par apprécier le fait et l'établir aussi exactement que possible; ensuite à ce fait il applique le droit qui lui correspond, qui s'y rapporte, *jus quod oritur*. C'est une double opération qui a lieu dans toute décision judiciaire. En ce sens la séparation du fait et du droit n'est pas chose nouvelle ; chez les anciens Romains, le préteur ne statuait que sur le point de droit; il renvoyait le point de fait à la décision du jury, *judex*. C'est ce qui a lieu aujourd'hui en Angleterre, même pour les affaires civiles; c'est ce qui arrive en France pour les affaires criminelles.

On ne peut donc pas dire que la décision du point de fait n'est pas séparable du point de droit.

Or que fait la Cour de cassation? elle ne juge pas académiquement d'après une supposition; elle ne prononce pas sur des hypothèses, comme le dit l'honorable président. Les faits établis par la Cour d'appel, par un Cour souveraine, ne sauraient être qualifiés d'hypothèses; c'est la chose jugée, le *res judicata;* c'est la vérité judiciaire devant laquelle on doit s'incliner avec un profond respect. La Cour de cassation ne décide pas un point de droit sans avoir un point de fait qui lui serve de base. Seulement, au lieu d'établir elle-même ce point de fait, elle le prend tel qu'il est établi par la Cour d'appel, et elle examine si à ce point de fait la Cour d'appel a bien appliqué le droit correspondant, *jus quod oritur*. Ici les deux opérations sont faites par deux tribunaux différents au lieu d'être faites par un seul. Cela est parfaitement rationnel. C'est conforme à la nature même de l'institution de la Cour de cassation, comme l'explique très-bien Meyer dans son excellent ouvrage sur les *Institutions judiciaires*, liv. VIII, chap. 9 et suiv. Qu'on me permette de le dire, les mots d'*hypothèses* et de *corps académique* ne sont pas ici à leur place.

Mais, dit l'honorable président, si le fait a été mal jugé, mal établi par la Cour d'appel, la Cour de cassation, en l'admettant, le consacre; elle l'élève à la dignité du droit en appliquant une loi qui n'est pas applicable au fait véritable; elle sanctionne une injustice.

Nous répondons : La Cour de cassation ne consacre, ne sanctionne rien quant au fait; elle ne le juge pas; elle le considère

comme irrévocablement jugé par la Cour d'appel; elle doit le considérer comme tel; elle ne doit pas le juger, parce qu'un intérêt supérieur d'ordre social, auquel l'honorable président ne paraît pas penser assez, commande impérieusement de ne pas remettre sans cesse en question la chose jugée, et veut que les procès aient un terme: *ne lites in infinitum extendantur*. Devant cet intérêt public, l'intérêt des parties doit se taire.

M. Gaetano Bandi insiste: « L'appréciation judiciaire, dit-il, « a pour objet la constatation du fait; les règles de cette ap- « préciation ont leur racine dans le droit romain; elles com- « posent le Code du droit en matière de preuve; il faut que les « tribunaux s'en tiennent à ce Code dans l'évaluation des « preuves et dans l'interprétation de la volonté des parties. « Malheureusement le rationalisme a usurpé la place de la « science et s'est fait l'arbitre souverain du fait. Les législations « modernes, au lieu de résister à cette corruption, l'ont puis- « samment facilitée. On sait que la Cour de cassation prononce « sur le droit sans s'occuper du fait, qu'elle suppose avoir été « bien jugé par la sentence qui lui est déférée; on prétend « ainsi que la loi peut rester en dehors de la question de fait, « et que par conséquent la décision qui établit le fait ne peut « jamais être entaché d'une erreur de droit. Cette opinion abo- « lit entièrement le droit en matière de preuves; les tribunaux « se disent constitués *juges souverains du fait*; la décision dé- « pend de leur *manière de voir*. Mais il ne suffit pas que la « décision sur le fait soit vraie dans ses éléments, il faut en- « core qu'elle soit complète; la loi qui oblige à accepter ce « fait, oblige aussi à le composer de ses éléments juridiques. »

La réponse est facile. L'honorable magistrat commet ici lui-même une grande erreur de fait; il omet deux graves circonstances. La première, c'est que le Code Napoléon contient, au moins autant que le droit romain, des règles en matière de preuves. Elles indiquent de nombreuses conditions que les faits doivent réunir pour avoir force probante devant la justice: telles sont les dispositions sur la preuve littérale ou testimoniale, sur les présomptions, etc., etc. Il serait trop long de les énumérer. Les tribunaux s'en tiennent, comme le désire l'honorable président, à ce Code dans l'évaluation des preuves et dans l'interprétation de la volonté des parties. Le *rationalisme* ne peut pas usurper la place de la science et se faire l'arbitre souverain du fait sans

égard pour la loi. La décision ne dépend pas seulement de la *manière de voir* des juges. Les tribunaux ne peuvent pas, sous ce rapport, se constituer *juges souverains du fait.*

La seconde circonstance omise par l'honorable président dans son appréciation, c'est que la Cour de cassation, faisant application de ces règles du Code Napoléon en matière de preuves, casse toutes les fois que la Cour d'appel a donné force probante à des faits qui, dans leurs éléments, ne présentaient pas les conditions voulues à cet effet par ces mêmes règles du droit. De cette manière, la Cour de cassation apprécie le fait dans son caractère légal; elle l'apprécie au point de vue du droit, et, loin de sortir en cela du rôle qui lui est imparti de ne statuer que sur la question de droit, elle ne fait que s'y renfermer scrupuleusement. Il suffit d'ouvrir un recueil d'arrêts pour y voir des arrêts de la Cour de cassation de cette nature. Ainsi il n'est pas exact de dire, comme le soutient M. Gaetano Bandi, que le droit en matière de preuve est entièrement aboli.

Un autre honorable jurisconsulte italien ajoute : C'est une fiction de prétendre que la Cour de cassation n'est établie que dans l'intérêt de la loi et non dans l'intérêt des parties; la conséquence serait que le recours ne devrait être ouvert qu'au ministère public et ne devrait pas profiter aux parties [1].

Ici l'on oublie que chaque citoyen a droit à ce que la loi soit observée à son égard; il ne peut, il est vrai, remettre en question le fait qui a été jugé en Cour d'appel; mais il peut se plaindre de ce qu'à ce fait la loi n'ait pas été appliquée comme elle devait l'être. Il importe à la société que la loi ne soit violée à l'égard d'aucun de ses membres. Toutefois, la cassation n'a lieu que dans un intérêt public; les parties n'en profitent que par voie indirecte et de conséquence. Cela est si vrai que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'arrêt attaqué, et que l'exécution suit son cours. « La demande en cassation, dit Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, est un nouveau procès bien moins entre les parties qui figuraient dans le premier qu'entre l'arrêt et la loi. » — « Ce n'est pas le procès qu'il s'agit de juger, c'est le jugement, » dit Touiller, tome I, n° 125. Au surplus, quand les parties ne se pourvoient pas, le ministère public peut toujours se pourvoir pour dans le seul

[1] Journal *la Legge*, n° 79.

intérêt de la loi pour en maintenir l'application exacte et uniforme dans tout l'Empire.

On n'est pas mieux fondé à dire que les cas de violation ouverte de la loi étant très-rares, il n'est pas nécessaire d'établir pour cela une Cour spéciale. Les lois ne peuvent pas prévoir tous les cas qui se présenteront; le juge doit les interpréter et formuler une sentence; les cas possibles d'infraction à la loi sont très-nombreux ; on peut les voir dans l'ouvrage précité de M. Delangle : au titre IV il expose, avec une grande précision et clarté, les ouvertures de cassation non-seulement pour violation flagrante de la loi, mais pour fausse application, fausse interprétation, violation de la loi du contrat et des formes légales, omission de statuer, etc., etc.

Un honorable professeur italien va jusqu'à dire [1] que la Cour de cassation se bornant à casser sans jamais interpréter la loi ni déterminer le sens d'aucun article, ne fait qu'une opération purement négative et ne crée pas une jurisprudence. On est surpris de rencontrer de semblables assertions, qui font supposer que ceux qui les présentent n'ont jamais ouvert un recueil de jurisprudence, où ils auraient pu à l'instant voir le contraire de ce qu'ils avancent.

D'un autre côté on dit : La jurisprudence de la Cour de cassation crée, pour les autres Cours, un lien obligatoire qui en fait un pouvoir législatif et empêche les progrès de la science du droit et de sa jurisprudence elle-même [2]. C'est là une erreur. Les Cours d'appel restent libres de juger les questions de droit comme elles l'entendent à l'égard des affaires autres que celles qui ont subi deux cassations; leurs décisions et les travaux des jurisconsultes peuvent continuer à éclairer la Cour de cassation qui, accueillant, s'il y a lieu, ces nouvelles lumières, modifie la jurisprudence. De cette manière les progrès de la science du droit et ceux de la jurisprudence ne sont nullement arrêtés. Quant à l'obligation où sont les Cours d'appel de se soumettre à la décision de la Cour suprême, dans les

[1] Journal *la Legge*, n° 67. Il tribunale di cassazione, occupandosi dei soli errori madornali, cassando le sentenze che ne sono infette, senza interpretare egli mai la legge, ne determinar mai qual sia la vera ed esatta interpretazione di qualsiasi articolo di legge, non crea la giurisprudenza; si limita ad una operazione meramente negativa.

[2] Journal *la Legge*, n^os^ 5, 96 et 97.

affaires qui ont subi deux cassations, elle n'a pas lieu d'étonner plus que la nécessité de se soumettre à la loi, et cette obligation se limitant à une seule affaire, il n'en résulte pour la Cour de cassation aucun pouvoir législatif; elle ne fait pas des arrêts de règlement.

On a encore émis en Italie [1] l'opinion que la jurisprudence se forme mieux avec plusieurs Cours de troisième instance; que leurs opinions diverses expliquent plus amplement le sens de la loi et le fixent mieux qu'un seul tribunal. Cette assertion est un paradoxe manifeste. Le multiple ne peut pas engendrer l'unité, cela implique contradiction; c'est d'une impossibilité radicale. La France en a fait l'expérience : avant d'avoir une Cour de cassation, elle avait plusieurs parlements répartis dans le royaume et elle n'avait pas de jurisprudence uniforme, comme elle en a une aujourd'hui; les décisions des Cours seraient encore aussi diverses qu'autrefois si la Cour de cassation ne les ramenait pas à l'unité.

On ajoute enfin [2] : Le personnel change d'autant plus à la Cour de cassation que les magistrats y arrivent dans un âge avancé, et le changement de personnel amène, dans la manière d'interpréter la loi, des variations qui font obstacle à l'unité de jurisprudence. Nous répondons d'abord que dans un grand État le personnel d'une Cour de cassation étant plus nombreux, les changements y sont moins fréquents qu'on ne le suppose, et ne le sont pas assez pour avoir l'influence qu'on leur attribue; nous disons ensuite que le même esprit de la loi et de la jurisprudence se perpétue facilement dans un corps unique et permanent, malgré quelque changement dans le personnel; c'est démontré en fait. D'ailleurs l'inconvénient de la modification du personnel existe également pour les Cours suprêmes de révision jugeant en troisième instance, ainsi que les autres inconvénients généraux que l'on signale pour la Cour de cassation. Il faut ici se rappeler que la perfection absolue n'est pas donnée aux institutions humaines.

Quant à ceux qui, admettant une Cour de cassation en Italie, voudraient qu'elle pût, après avoir cassé pour violation de la loi, juger elle-même, dans une autre section, le fond du procès, pour éviter aux parties les lenteurs et les frais d'un renvoi a

[1] Journal *la Legge*, nos 5 et 67.

[2] Journal *la Legge*, nos 5 et 96.

une Cour d'appel, ils ne s'aperçoivent pas qu'ils dénaturent entièrement l'institution : ils compliquent les attributions de leur Cour de cassation de la question de droit et de la question de fait; elle n'est plus uniquement occupée à juger le droit, que cependant elle jugerait bien mieux s'il était le seul objet de son attention, en dehors de toute influence du fait. Elle devient un troisième degré de juridiction, une Cour d'appel qui déciderait sans contrôle, tandis que quand il y a renvoi à une Cour d'appel, la décision de celle-ci est encore soumise à la censure de la Cour suprême. Chacune des deux Cours reste ainsi dans le cercle de ses attributions distinctes.

Nous ne pousserons pas plus loin l'examen des objections qu'on élève en Italie contre la Cour de cassation. Les principales que nous venons de réfuter peuvent faire juger de la faiblesse des autres; toutes attestent que ceux qui les font ne se rendent pas bien compte de la nature ni des avantages de cette institution. On s'arrête trop à des arguments qui ne vont pas au fond des choses et ne sont quelquefois que de vaines subtilités.

Si l'Italie se donnait six Cours de révision réparties dans les provinces, elle aurait six Parlements qui seraient libres de faire dire à la loi ce qu'ils voudraient.

Mais alors que l'on considère l'état de l'Italie : Elle est divisée par la grande chaîne des Apennins qui la parcourt d'un bout à l'autre, et par les contre-forts qui en descendent. Dans ces diverses parties s'élèvent six grandes capitales qui ont chacune dans son passé une histoire considérable. Chacune de ces villes a accentué dans les siècles antérieurs l'autonomie la plus énergique par les œuvres les plus grandes et les plus variées dans les diverses branches des connaissances humaines. Les différences les plus caractéristiques sont exprimées dans leurs monuments comme dans la physionomie des populations. Le célèbre Gioberti en était tellement frappé qu'il ne croyait pas autre chose possible en Italie qu'une confédération. Il s'attache à le démontrer dans son grand ouvrage intitulé : *Del primato morale e civile degli Italiani.*

Ces divisions naturelles de pays et de population qui ont existé de tous temps, même du temps des anciens Romains, on ne les fera pas cesser tout d'un coup par une loi quelconque. Il y aura pendant longtemps une tendance très-forte dans les

tribunaux à juger les affaires sous l'influence des mœurs, des habitudes, des passions locales et de l'ancienne législation. Si dans chaque province la loi générale était entendue en un sens opposé et recevait une application différente, que deviendrait l'unité de législation? que deviendrait la législation elle-même? Le désordre et l'anarchie arriveraient au comble. Quel serait le remède? Comment ramener les tribunaux des diverses provinces à l'obéissance de la loi et à son applicatiou uniforme, sans une Cour suprême et régulatrice chargée de cette impormission? Les Parlements arrangeraient, referaient la loi chacun de son côté, et la division de l'Italie se perpétuerait.

Il ne suffit pas que l'unité de législation soit décrétée, il faut qu'elle vive chaque jour, dans l'application, par les moyens qui lui sont propres.

Nous le disons aux Italiens avec conviction : sans une Cour de cassation pas d'unité de jurisprudence, sans unité de jurisprudence pas d'unité de législation, sans unité de législation pas d'unité nationale.

Il est impossible qu'une nation aussi intelligente que l'est la nation italienne méconnaisse ces vérités et ne comprenne pas les grands avantages de l'organisation judiciaire française qui a soixante-dix ans d'expérience, et donne de si heureux résultats. Dans l'antiquité, l'Italie a montré qu'elle était la patrie des grands jurisconsultes; elle a enfanté la législation romaine qui a tant contribué à faire sortir l'Europe des ténèbres du moyen âge. Pourrait-elle aujourd'hui se manquer à elle-même?

FREMY-LIGNEVILLE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière de presse.

LOI DU 17 JUILLET 1849.
CONTRAVENTIONS. — CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES.
OBSERVATIONS SUR LES VARIATIONS DE LA JURISPRUDENCE.

Par M. Amb. VENTE, procureur impérial à Amiens.

Il est de jurisprudence acquise, malgré certaines protestations, que le bénéfice des circonstances atténuantes ne s'applique aux contraventions de presse que dans les cas spécialement prévus par la loi [1].

Est-il vrai que l'article 23 de la loi du 27 juillet 1849 contienne, en faveur des contraventions qu'elle réprime, une réserve expresse de ce bénéfice [2]? On l'a dit, mais une telle interprétation constitue, à mon sens, une erreur et un danger.

[1] On peut voir, sur l'application du bénéfice des circonstances atténuantes à *toutes les infractions* de presse, l'étude que j'ai publiée dans la *Revue de jurisprudence*, numéro de janvier 1859, t. XIV.

[2] Voici sur la question l'état connu de la jurisprudence et de la doctrine : Pour l'application de l'article 463, *Montpellier*, 21 janvier 1850, et *Cassation*, 2 mars 1850, bull. 77, omission du dépôt prescrit par l'article 7, L. 1849. — *Niort* et *Poitiers*, 2 juin 1860, M. 60, p. 254, *Cassation*, 17 août 1860, bull. 198, colportage sans autorisation. — *Vesoul*, 7 juin 1860, même infraction. — *Nîmes*, 14 février 1861, *Cassation*, 14 mars 1861, omission du dépôt prescrit par l'article 7, L. 1849, D., 61, 1, 187. — *Amiens*, 6 juillet 1861, inédit. — *Seine*, aff. Gouverneur, août 1861. — *Chassan*, Suppl., p. 121. *Morin*, 52, p. 312. *Rousset*, Codes annotés, note 673. — M. *Dallox* a soutenu la même opinion dans le *Recueil périodique*, 52, 2, 71, et 58, 2, 201. Toutefois, je dois faire observer qu'au *Répertoire général*, v° *Presse*, n° 491, l'auteur de cet article s'est prononcé dans le sens contraire. C'est à tort que la Cour de Poitiers a cité comme favorable à sa doctrine un arrêt de cassation du 14 septembre 1849. Cet arrêt décide que l'abaissement de peine prescrit par le second paragraphe de l'article 23 de la loi de 1849 s'étend même aux délits non prévus par cette loi; — mais rien de plus.

Contrairement à l'application de l'article 463, voir : *Riom*, 6 février 1850, D., 52, 2, 71, colportage sans autorisation. — *Paris*, 28 juin 1850, D., 50, 2, 198. *Aix*, 22 novembre 1855, D., 56, 2, 268. Ces deux derniers arrêts ne statuent point, il est vrai, sur des faits prévus par la loi de 1849, mais la généralité de leurs motifs permet de les invoquer en faveur de la même opinion.

L'article 23 se compose de deux paragraphes distincts que voici : « L'article 463 du Code pénal est applicable *aux délits* « *prévus par la présente loi.* » C'est le premier. Le second est ainsi conçu : « Lorsqu'en matière de *délits*, le jury aura déclaré « l'existence de circonstances atténuantes, la peine ne s'élèvera « jamais au-dessus de la moitié du maximum déterminé par « la loi. » L'un pose donc le principe et l'autre en détermine les effets vis-à-vis du jury.

A ne considérer que le texte du premier et le sens exclusif qu'en cette matière la jurisprudence attache au mot *délit*, on pourrait en conclure, sans trop d'efforts, que l'article 463 du Code pénal ne s'applique point aux contraventions prévues par cette loi.

C'est cependant la conclusion contraire qu'en tire le système de l'exception. Si l'article 23 parlait « restrictivement des dé- « lits commis par la voie de la presse, » on admet qu'il serait inapplicable aux contraventions prévues par la loi de 1849. Mais il parle des « délits prévus par la présente loi, » n'est-ce pas bien différent, et cela ne suffit-il point pour modifier complétement le sens habituel du mot *délit?* C'est, ajoute-t-on, ce que « manifeste la division de ce même article en deux para- « graphes..... En effet, après avoir dans le premier déclaré « applicable l'article 463 du Code pénal sans aucune restric- « tion aux délits prévus par la loi, l'article cité, dans la seconde « partie, modifie l'article 463, et limite le pouvoir de la Cour « par une disposition toute nouvelle quand il s'agit de délits qui « seront soumis au jury ; d'où il suit que le législateur a eu en « vue la double compétence du tribunal correctionnel et du jury, « et attribue la même faculté d'appliquer les circonstances « atténuantes aux deux juridictions [1]. » — Mais en matière de presse, dira-t-on, les tribunaux correctionnels ne connaissaient alors que des contraventions, et la loi ne parle que des délits? — Qu'à cela ne tienne, répond le système : par délits nous entendrons aussi les contraventions, pour cette fois seulement, bien entendu. — Soit, mais encore, et même pour cette fois unique, conviendrait-il de ne point répudier, sans de sérieux motifs, une définition et des principes acceptés par vous-même comme incontestables. Les pléonasmes ne sont point

[1] Motifs de l'arrêt du 2 mars 1850.

assez rares dans nos lois pour justifier une pareille dérogation. Avant de lui donner la sanction de nos arrêts, avons-nous suffisamment pesé le texte et consulté l'histoire de cette loi? — Sans doute, me dit-on. Faut-il vous répéter que le législateur a coupé cet article 23 en deux paragraphes, et deux paragraphes bien distincts, ne perdez point ceci de vue? Ne devinez-vous pas tout ce qu'il y a d'ajusté, de recherché, de prémédité même dans cette coupure? Qu'importent les précédents, les documents législatifs, les principes, les définitions, l'unité de la jurisprudence? Une coupure en deux paragraphes au lieu d'un! Que voulez-vous répondre à cela? — Qu'y répondre? Que cette distinction est fausse, et le prouver avec le *Moniteur*, témoin irrécusable cette fois des volontés de la loi.

On affirme que la division de l'article 23 en deux paragraphes est une division raisonnée, prémédutée, introduite à dessein dans la loi. Son but certain aurait donc été d'établir entre ces deux paragraphes une opposition calculée de laquelle il résulte que si, dans le second, on a déterminé vis-à-vis du jury les effets du principe écrit dans le premier, c'est que ce principe s'étend à toutes les juridictions et à toutes les matières, criminelles ou correctionnelles.

Eh bien! cela n'est ni rationnel ni vrai. Si le législateur avait voulu étendre aux contraventions prévues par la loi de 1849 le bénéfice des circonstances atténuantes, il l'aurait dit, comme il l'a fait dans une loi contemporaine, celle du 27 juillet 1848 sur les clubs, qui parle non-seulement des délits, mais encore de toutes les *infractions* prévues par elle[1].

[1] Et qu'on ne dise pas que le mot *infraction* qui se trouve dans cette loi était une expression vague, employée par le législateur sans qu'il se rendit compte de sa portée. En même temps que l'article 18 déclare l'article 463 du Code pénal applicable à toutes les *infractions* prévues par la loi, l'article 17 déclare que le principe du non-cumul n'est applicable qu'aux *crimes et délits* prévus par la même loi. Enfin sur l'article 16, qui défère aux tribunaux correctionnels les *contraventions*, une discussion dont il est impossible de méconnaître l'importance s'était établie dans l'Assemblée, et il suffit de la parcourir pour reconnaître que le législateur de cette époque même n'a jamais entendu donner au mot *délit* un autre sens que celui que nous lui donnons ici. La distinction des délits et des contraventions correctionnelles n'a même été contredite en principe par aucun parti, et MM Bac, Dupont de Bussac et Durrieu demandaient que le jury connût même des *contraventions prévues par le décret*. Or le décret n'édicte que des peines correctionnelles.

Le dire en matière de presse était même une obligation d'autant plus impérieuse que le premier paragraphe de l'article 23 qui nous occupe ne fait que reproduire textuellement l'article 12 du décret du 11 août 1848, et que ce décret ne s'applique point aux contraventions.

Au lieu de prêter au législateur cette faute capitale d'avoir enfoui sous une forme bien obscure, on en conviendra, la pensée d'une aussi grave dérogation à ses précédents, que n'ouvre-t-on le *Moniteur*[1] ?

On y verrait que l'article 23 n'existait point dans le projet du gouvernement, qui n'a dès lors prémédité ni l'agencement, ni la division, ni moins encore la prétendue corrélation de ses parties; que son premier paragraphe est la reproduction complète et distincte d'un amendement isolé présenté par M. Leroux, développé seul par lui, voté seul par la chambre, avant et sans qu'un mot même indirect permît de prévoir le second; — Que celui-ci, présenté à son tour par M. Valette, non point avant, je le répète, mais après le vote du premier, a été lui aussi développé, discuté, même amendé et voté, sans que rien, dans le débat un peu confus dont il fut l'occasion, permette de soupçonner entre les deux paragraphes l'imaginaire connexité qu'y prétend voir le système de l'exception.

Sans doute le hasard seul ne les a point réunis, mais M. Valette lui-même va nous faire connaître le motif qui lui a suggéré son amendement : « Je dois faire remarquer, dit-il, « que le décret, non plus qu'aucune disposition de nos lois, n'a « prévu quel serait l'effet légal des circonstances atténuantes « déclarées par le jury en matière de *délits*..... Je viens vous « proposer de combler *ici* cette lacune au moyen de la dispo- « sition suivante. » Voici donc la pensée, le but du second paragraphe nettement définis : *déterminer l'effet légal* des circonstances atténuantes, — *déclarées par le jury*, — *en matière de délits*. Y est-il question des tribunaux correctionnels ou des contraventions? — Non, mais on y parle du jury : pourquoi? — Parce que déterminer l'effet de son verdict sur les peines paraissait nécessaire, le Code pénal ne l'ayant point fait. — Et l'on n'y parle pas des tribunaux correctionnels? — Sans doute, et qu'en aurait-on dit? La loi ne s'occupe que des délits, et

[1] *Moniteur*, 28 juillet 1849.

les tribunaux correctionnels n'en connaissaient point alors.

Si le silence si rationnel gardé par le législateur sur ce point ne vous a point convaincu déjà de ses véritables intentions, où donc, encore une fois, voyez-vous que de la division de notre article il résulte « qu'il a eu en vue la double compétence du « tribunal correctionnel et du jury, et qu'il attribue la même « faculté d'appliquer les circonstances atténuantes aux deux ju- « ridictions [1] ? »

Si ce n'est point dans le fait même de cette division, qu'ont seuls engendrée le sort imprévu de la discussion, et la juxtaposition de deux amendements isolés; si ce n'est point dans le texte ou le commentaire législatif du second paragraphe de l'article 23, sera-ce dans le texte ou la discussion du premier? Moins encore.

Ce premier paragraphe ne parle que de délits. Il faut donc en conclure, à moins de prouver le contraire, qu'il exclut les contraventions. Cette preuve contraire, je ne la demande même pas, car je suis prêt à faire la mienne, que j'extrais encore cette fois de l'inexorable *Moniteur*. Voici sur le premier paragraphe de l'article 23 la discussion entière, dont je ne retranche que les superfluités [2]. Chaque mot en veut être pesé.

Le citoyen *Président :* M. Émile Leroux propose un article additionnel ainsi conçu : « L'article 463 du Code pénal est applicable aux crimes et délits prévus par la présente loi. »

Le citoyen *Émile Leroux :* C'est dans la loi du 11 août 1848.

Le citoyen *Barrot, président du conseil :* Permettez, monsieur Émile Leroux; la loi du 11 août 1848 n'est pas abrogée L'article 463 du Code pénal est applicable aux délits de la presse. *Cet article est général : il s'applique à tous les délits de la presse.* Il serait donc parfaitement inutile de répéter la même disposition dans la nouvelle loi.

Le citoyen *Émile Leroux* : C'est l'explication que je voulais avoir..... Je retire mon amendement.

Le citoyen *Président :* Il vaudrait mieux le reprendre et le mettre dans la loi....., *ce qui abonde ne vicie pas.*

Le citoyen *Barrot :* Cela supposerait que la loi du 11 août est abrogée.

Le citoyen *Président :* .....Cela n'implique pas l'abrogation de la loi du 11 août dans les points qui ne sont pas réglés par la loi actuelle; mais l'Assemblée peut attacher quelque importance à dire elle-même que l'article 463 du Code pénal est applicable aux crimes et délits prévus par la présente loi..... (Oui! oui! aux voix!) — Le paragraphe est mis aux voix et adopté.

[1] Arrêt du 2 mars 1850.

[2] *Moniteur* du 29 juillet 1849.

Telle est l'histoire fidèle et complète de cet amendement. Qu'en conclure? — Qu'en y insérant ces mots : « prévus par la présente loi, » son auteur songeait à l'étendre aux contraventions prévues par la loi? Non. Si telle avait été son intention, il l'aurait fait connaître. Or, lui-même le dit, c'est la disposition du décret de 1848 qu'il veut rappeler, et rien de plus, et cette disposition, la jurisprudence le proclame, ne s'étend point aux contraventions. — Que le gouvernement s'est opposé à l'adoption de la proposition Leroux dans la crainte qu'on ne lui donnât une extension abusive? Non, car le ministre de la justice l'a repoussée seulement comme inutile : « Pourquoi répéter la même disposition dans la nouvelle loi? » — Que si la chambre a repris l'amendement, quoique abandonné par son auteur, c'est qu'elle en a étendu le sens et le bénéfice à des infractions autres que celles prévues par la loi de 1848? — Non encore. Elle l'a repris et voté comme disposition surabondante et qui ne vicie pas, comme reproduction dès lors de la loi de 1848.

Est-ce clair, et cela suffit-il? Le § 1er de l'article 23 de la loi de 1849, c'est et ce n'est que l'article 12 de la loi du 11 août 1848. Ou celui-ci ne s'applique point aux contraventions, et la loi de 1848 ne s'y applique point davantage. Ou celle-ci comprend les contraventions, et la loi de 1848 les comprendra également, puisque, dans la pensée de leurs auteurs, ces deux lois sont une seule et même loi, n'ayant qu'une même formule parce qu'elles ont le même sens et la même portée. Je regarde comme acquis maintenant que l'interprétation contraire repose sur une erreur, et j'arrive au danger qu'elle renferme.

Ce danger, je le vois non plus — je suppose la question vidée — dans l'extension du bénéfice des circonstances atténuantes à des infractions qui ne les comportent pas habituellement, mais dans cette inquiétante mobilité de la jurisprudence pour qui les mêmes mots, dans la *même* matière, changent si fréquemment de sens.

Qu'est-ce en définitive qu'un *délit* de presse? Qu'est-ce qu'une *contravention?* De la définition qu'on en donnera dépend la solution de problèmes qui intéressent vivement la conscience du magistrat et le sort des prévenus : l'attribution de compétence, la prescription de l'action publique, le cumul et l'atténuation des peines, etc.

J'ouvre le Code pénal : « Un délit, me dit-il, c'est toute in-

« fraction punie de peines correctionnelles : une contravention, « toute infraction punie de peines de simple police. » — Soit [1] : nul doute alors que sous l'empire de la loi qui donnait au jury la connaissance des délits de presse, on ne le saisit de toutes les infractions de cette nature punies correctionnellement, sans distinction? — Distinguons, au contraire, répond la jurisprudence. En matière de presse, c'est l'intention qui fait le délit, et non la peine. Si l'infraction résulte du fait seul de sa perpétration, il y a contravention, et les contraventions ici sont du ressort de la police correctionnelle. — Je le veux bien, et voici fort heureusement levés certains doutes que, je vous l'avouerai, j'avais conçus quant à la prescription. L'article 26 de la loi du 17 mai 1819 porte que l'action publique se prescrit par six mois quant aux crimes et aux délits de presse. Dès que le mot *délit* ne comprend plus les infractions purement matérielles, celles-ci restent comme toutes les autres contraventions soumises aux lois ordinaires, et ne se prescrivent dès lors que par un an. — Erreur! me crie la doctrine. Quand il s'agit de prescription, l'intention n'est plus rien. C'est la peine qui fait le délit. — Quoi! le même fait, au point de vue de la compétence, était une contravention, et devient un délit au regard de la prescription. C'est une singulière contradiction! — Appelez-vous cela contradiction? me disent ensemble cette fois les auteurs et la jurisprudence. Vous en verrez alors bien d'autres! Ainsi, quand il s'agit soit d'atténuer, soit de cumuler les peines encourues, quelle définition croyez-vous qu'il convienne d'adopter? — Je ne sais : celle qui tient compte de l'intention me paraît meilleure, et je la regarde comme aussi juste que rationnelle; mais la seconde.. .., quant à la prescription du moins, me semblait équitable. En vérité, j'hésite. Et que décidez-vous? — Nous, nous n'hésitons pas. Nous adoptons toutes les deux. Quand il s'agit de l'atténuation des peines, nous déci-

[1] J'avais songé d'abord à mettre en note le tableau complet et détaillé des solutions contradictoires prises dans la jurisprudence et dans la doctrine. Deux raisons m'en détournent : d'abord l'aridité et la longueur d'un semblable travail qui tiendrait plusieurs pages, ensuite son peu d'utilité réelle. Plus ou moins, chacun sait que je n'exagère rien; et ce que je dis aujourd'hui, plus ou moins aussi, d'autres l'ont dit avant moi. (Dalloz, 58, ?, 201) L'essentiel n'est donc plus que de frapper sérieusement l'attention du lecteur; c'est ce que j'essaye de faire sous une forme plus brève, et trop peu mordante, je l'espère, pour blesser personne.

dons que le mot *délit* exclut les contraventions ; quand il s'agit de leur cumul, nous décidons qu'il les comprend. — Mais c'est juger le pour et le contre ! — Oh ! moins que vous ne croyez. — Comment moins ? C'est tout ou rien, si je ne me trompe. — Moins, vous dis-je, et vous l'allez bien voir. Ainsi la Cour de cassation, notre guide à tous, juge, en ce qui concerne l'application des circonstances atténuantes, que le mot *délit* ne comprend pas les contraventions, mais elle juge aussi le contraire lorsqu'il s'agit des infractions prévues par la loi de 1849. Ainsi encore, quant au cumul des peines, elle avait décidé jusqu'en 1851 que le mot *délit* excluait les contraventions ; mais depuis 1851 elle décide qu'il les comprend. Vous voyez bien que la contradiction est moins flagrante que vous ne le pensiez d'abord, puisque la vivacité en est atténuée par les exceptions ou les retours que la Cour elle-même introduit dans sa jurisprudence. — A vous parler franchement, c'est le contraire que je vois. Juger d'une façon quant aux circonstances atténuantes, d'une autre quant au cumul, puis se déjuger sur chaque point, et sous couleur d'exception ou de résipiscence, faire brèche nous-mêmes aux principes vrais ou faux que nous avions posés, ce n'est point amoindrir la contradiction, c'est l'aggraver, c'est en commettre deux, et plût à Dieu que ces deux même fussent les seules..... Mais on m'oblige à le dire, et je le dirai : Qu'avons-nous fait en cette matière, tous tant que nous sommes, du droit que la raison et le législateur nous donnent d'interpréter son œuvre en l'appliquant ? Les années qu'elle a vécu déjà sont moins nombreuses que nos contradictions. Questions de compétence, de prescription, d'atténuation ou de cumul de peines, et sur ce cumul même peines correctionnelles ou de police, peines corporelles ou pécuniaires, peines résultant du Code pénal ou de lois spéciales, peines fiscales ou de répression, tout nous a servi à juger le pour et le contre. Il y a plus de cinquante ans que le mot *délit* est inscrit dans nos lois, et nous ne savons point encore ce qu'il signifie. Jusques à quand jugerons-nous donc le contraire de ce que nous avons jugé ? Ne sentons-nous pas que derrière nous il y a des prévenus, des justiciables, après tout, qui payent les frais de ces éternelles variations ? Tel que son premier juge a trouvé digne d'indulgence expiera cette faveur par toutes les tribulations que la procédure peut engendrer. Pour une contravention sans impor-

tance, le tribunal aura-t-il fait application de l'article 463 du Code pénal? Appel du ministère public, arrêt de confirmation : pourvoi du ministère public, cassation et renvoi devant une seconde Cour, arrêt conforme au premier, second pourvoi, seconde cassation, second renvoi, et devant la troisième Cour impériale, condamnation aux frais sur toute cette procédure..... de qui? Du prévenu qui ne l'a certes point cherché. Pourquoi? Parce qu'il a mérité que ses premiers juges se trompassent en sa faveur [1]. — Tel autre que des contraventions multiples amènent devant le tribunal, demande à n'être condamné qu'à une seule peine. S'il l'obtient, appel du ministère public; s'il ne l'obtient pas, appel de lui-même, arrêt de confirmation, et tout le circuit des juridictions que je viens d'énumérer [2].

Étrange situation! Qui l'a faite? C'est la loi, dira-t-on? Non, c'est le juge, et lui seul en est responsable, puisqu'en cette matière la loi n'est autre que la définition qu'il en donne. Bacon disait qu'une mauvaise loi certaine vaut mieux qu'une bonne incertaine, et cela est vrai surtout des définitions que la loi comporte. Quant à moi, je le crois à ce point qu'après avoir soutenu qu'en matière de presse le mot *délit* exclut toujours les contraventions, parce que telle est ma conviction, et qu'à mon sens l'opinion contraire n'est pas sans danger, je m'inclinerais cependant devant cette opinion contraire, si la sanction *définitive* de la Cour suprême lui paraissait acquise. Je ne vois pas en effet de pire danger pour la justice que cette perpétuelle mobilité de ses décisions, qui encourage tous les doutes, tous les écarts, qui fomente tous les procès. Pour assurer à l'œuvre du législateur l'obéissance et le respect, il faut que sa volonté

[1] Ceci n'est point, comme on pourrait le croire, un tableau de fantaisie; c'est l'histoire d'une affaire toute récente, l'affaire Dessaules de Volin. Elle a été sur cette même question des circonstances atténuantes du tribunal d'*Altkirch* (22 février 1859) à la Cour de *Colmar* (12 avril 1859), à la Cour de *cassation* (25 juin 1859, bull. 152), à la Cour de *Dijon* (24 août 1859), à la Cour de *cassation* (22 décembre 1859), et finalement à la Cour de *Besançon*, dont l'arrêt n'a point été publié que je sache, mais qui était obligée de se *conformer* au dernier arrêt de la Cour de cassation.

[2] L'affaire Gounouilhou, de Bordeaux, paraît destinée à suivre à peu près les mêmes errements que l'affaire Dessaules. Il y a déjà un jugement du tribunal de *Bordeaux*; arrêt de la Cour de *Bordeaux* (9 mai 1860), arrêt de la Cour de *cassation* (13 juillet 1860). Elle a été renvoyée devant la Cour d'*Agen*, qui sans doute aura jugé comme la Cour de cassation, puisqu'il ne paraît pas y avoir eu de pourvoi.

soit certaine, sinon immuable; que tout au moins les conséquences si graves qui s'y rattachent aient le caractère de fixité sans lequel il n'y a plus dans l'administration de la justice que cette confusion qui mène à l'arbitraire, engendre le mépris de la chose jugée, et suscite contre la loi d'amères critiques qu'elle n'a pas toujours méritées. AMB. VENTE.

DU PRIVILÉGE DU COMMISSIONNAIRE A RAISON DE SES AVANCES,

INTÉRÊTS ET FRAIS.

Par M. DOMENGET, docteur en droit,
juge au tribunal de première instance de Bergerac [1].

Aux termes de l'article 93 du Code de commerce, « tout commissionnaire qui a fait des *avances* sur des marchandises à lui *expédiées* d'une autre *place*, pour être vendues pour le compte d'un commettant, a *privilége*, pour le remboursement de ses *avances*, *intérêts* et *frais*, sur la valeur des marchandises, si elles sont *à sa disposition*, dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater, par un *connaissement* ou par une *lettre de voiture*, l'expédition qui lui en a été faite. »

Le mandataire qui a fait des frais pour la *conservation* de la chose de son mandant jouit d'un privilége pour les recouvrer (art. 2102 C. Nap.). — Le droit des commissionnaires est plus étendu.

Quelle est la nature de ce droit? — L'article 93 du Code de commerce l'appelle un *privilége*. Dans le discours préliminaire du projet de Code de commerce sur la commission, n^os^ 16 et 17 (Locré, *Code de commerce*, t. I, p. 41, 42 et 43); dans l'exposé des motifs fait par Regnaud de Saint-Jean d'Angely, n° 13 (Locré, t. I, p. 364), et dans le discours du tribun Jard-Pan-

[1] M. Domenget a bien voulu nous communiquer ces quelques pages extraites d'un ouvrage actuellement sous presse et qui a pour titre : DU MANDAT, DE LA COMMISSION ET DE LA GESTION D'AFFAIRES (2 vol. in-8°); chez Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État.

villiers, n° 9 (*ib.*, p. 366), il est toujours désigné de la même manière. — MM. Delamarre et Lepoitvin, *Traité du contrat de commission*, tome II, n° 390, et tome VI, n° 92, disent, toutefois, que cette expression est impropre et qu'un privilége se donne au créancier qui n'a pas la possession et non à celui qui en est saisi; que le droit du commissionnaire est le droit de *rétention*. Ils s'étayent de ce que dit Valin (ordon. de 1681, liv. II, tit. 10, art. 3) : « Nul doute que, pour son remboursement, le commissionnaire n'ait droit de *retenir* par ses mains avec privilége exclusif à tous autres créanciers. » — Cette critique ne nous paraît pas fondée, par la raison que le commissionnaire peut, d'après l'article 94 du Code de commerce, se faire payer par préférence même quand il a perdu la possession, droit qu'il n'aurait pas s'il n'était un privilége, et aussi parce que l'article 95 n'aurait pas exigé les formalités spéciales qu'il prescrit dans l'hypothèse par lui prévue, s'il ne s'agissait que de faciliter l'exercice du droit de rétention. C'est ce qu'enseignent, au surplus, MM. Troplong, *Nantissement*, n°s 452 et suivants; — Dalloz, *Répertoire*, v° *Commissionnaire*, n° 129; — Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, n° 419; — Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission*, n° 387; — Pouget, *Des droits et des obligations des divers commissionnaires*, t. I, p. 358.

Il a été décidé que le mot *commissionnaire* de l'article 93 n'est pas limitatif, et que le privilége existe au profit de tout bailleur de fonds, tel que le consignataire qui se trouve dans les mêmes conditions, alors même qu'il ne serait pas commerçant (Rej., 23 avril 1816, Dalloz, *Rép.*, v° *Commiss.*, n° 130; — Nancy, 14 déc. 1838, *eod.*; — Cass., 6 mai 1845, D. P., 45, 1, 231, et Bordeaux, 28 janv. 1846, *eod.*, 46, 2, 83) : — « Attendu, porte l'arrêt de 1845, que des dispositions de l'article 2084 du Code civil rapprochées de celles de l'article 95 du Code de commerce, il résulte que les règles du droit civil relatives au nantissement ne sont applicables aux matières de commerce que dans le cas prévu par le dernier de ces articles, c'est-à-dire au seul cas d'une consignation ou d'un dépôt fait par un individu résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire; — Attendu qu'aux termes de l'article 93 du même Code, les seules conditions requises pour constituer le privilége du bailleur de fonds sont qu'il y ait eu des avances faites sur

des marchandises expédiées d'une place sur une autre, à l'effet d'être vendues pour le compte du propriétaire, et que nulle part la loi ne prescrit, comme elle le fait pour le nantissement, la nécessité d'un acte authentique ou d'un acte sous seings privés dûment enregistré; — Attendu que ce privilége n'est pas subordonné à l'existence d'un mandat exprès conféré par le propriétaire, pour la vente des marchandises, puisque l'article 93, au texte duquel le juge ne doit pas ajouter, parle seulement des marchandises destinées à être vendues, sans dire que la vente en sera faite plutôt par le consignataire que par le propriétaire; — Attendu que ce même privilége n'est pas non plus attaché à une espèce spéciale de négoce, et qu'il suffit que le contrat duquel on le fait dériver ait eu lieu *entre commerçants* ou *pour des actes de commerce*....., casse. » — Cette jurisprudence se fortifie par la considération qu'elle ne lèse aucunement les droits des tiers, la collusion entre les prêteurs et l'emprunteur se trouvant empêchée par l'éloignement qui existe entre la place de celui qui fait les avances et celle de celui qui les reçoit. Elle est approuvée par MM. Vincens, *Législation commerciale*, tome I, page 513; — Delamarre et Lepoitvin, tome II, nos 401 et suivants; — Troplong, *Nantissement*, n° 159, et Massé, *Droit commercial*, tome IV, n° 462; mais elle est combattue par MM. Clamageran, page 390, et Pouget, tome I, page 375.

Le commissionnaire peut lui-même sous-consigner la marchandise. S'il consigne en son propre nom, sans faire connaître que la chose ne lui appartient pas, à un tiers qui lui fait des avances dans les conditions prévues par notre article, ce tiers est privilégié, la possession du premier commissionnaire lui ayant donné un juste sujet de croire ou qu'il était propriétaire ou qu'il avait reçu du propriétaire le droit de disposer de la marchandise. Si le commissionnaire consigne au nom du commettant, le tiers qui lui fait des avances ne peut se prévaloir, à l'encontre de ce commettant ou de ses créanciers, que des actions de son débiteur, car il n'ignore pas que le commissionnaire n'avait ni la propriété de la chose ni le pouvoir d'en disposer, d'où la conséquence que si le commissionnaire est en faillite en même temps que le premier commettant, le tiers ne peut que concourir avec les créanciers du commissionnaire sur la marchandise du commettant primitif (Conf.

MM. Troplong, n^os^ 250 et suiv., et Delamarre et Lepoitvin, t. II, n^os^ 414 et suiv.).

Plusieurs conditions sont exigées pour la constitution du privilége. Il faut : 1° une expédition de place en place; — 2° que les marchandises soient adressées au commissionnaire par le commettant ou possesseur, et qu'il les détienne, ou que tout au moins il soit nanti du connaissement ou de la lettre de voiture constatant que l'expédition lui en a été faite. Et si le commettant et le commissionnaire résident dans le même lieu, d'après l'article 95 du Code de commerce, le gage n'est valablement constitué que par l'accomplissement des formalités du droit civil.

Comment doit-on entendre le mot *place*? — C'est là une question de fait soumise à l'appréciation des juges du fond (Req. 6 mars 1833, D. R., v° *Commiss.*, n° 189) : — « Attendu que la loi n'ayant pas déterminé les conditions nécessaires pour qu'une commune soit rangée dans la classe des places de commerce, la Cour n'a pu violer aucune disposition législative en plaçant la Villette dans cette classe. » — MM. Dalloz enseignent toutefois que les mots *d'une autre place* de l'article 93 ont une signification légale qu'il appartient à la Cour de cassation de reconnaître; que c'est là une question de droit qui n'est jamais soustraite à l'examen de la Cour suprême. — Il nous paraît, quant à nous, que, hors le cas où le juge du fait aurait déclaré qu'il y a expédition d'une place sur une autre, alors qu'en réalité aucune division administrative n'existerait entre le lieu où réside le commettant et celui où demeure le commissionnaire, la Cour de cassation ne pourrait anéantir sa décision. En d'autres termes, toutes les fois que le commettant et le commissionnaire seront domiciliés dans des communes distinctes, l'expédition qui aura lieu de la commune habitée par le commettant sur celle où réside le commissionnaire sera souverainement appréciée par le juge du fait, comme faite ou non d'une place sur une autre. Mais cette appréciation serait sujette à cassation si l'expédition n'avait pas été faite d'une commune sur une autre, parce que, dans ce cas, il ne pourrait y avoir *deux places*, condition exigée par l'article 93.

Au surplus, il y a expédition de place en place toutes les fois que la marchandise est envoyée d'une place distincte sur une autre place, quoique le commissionnaire et le commettant aient le même domicile. Ainsi, lorsque l'expéditeur a une maison de

commerce hors du lieu qu'il habite, toute expédition sans fraude faite au commissionnaire produira son effet dans les termes de notre article, quoique la marchandise doive arriver au lieu habité par l'expéditeur et par le commissionnaire. Il a été jugé ainsi dans une espèce où les avances du commissionnaire avaient été faites sur lettres de voiture accompagnant les marchandises (Paris, 25 juillet 1843, D. R., v° *Commiss.*, n° 191).

Le privilége ne peut exister qu'autant que le commissionnaire a, au moment où il le réclame, la détention, dans ses magasins ou dans un dépôt public, des marchandises consignées; ou que, dans le cas où les marchandises, déjà expédiées, ne sont pas encore arrivées, il a entre les mains la lettre de voiture ou le connaissement qui constate l'expédition qui lui en a été faite. Le Code reconnaît donc deux sortes de détentions : la détention réelle, qui a lieu lorsque les marchandises sont à la disposition du commissionnaire, soit dans ses magasins, soit dans un dépôt public; la détention *fictive*, qui se produit par la remise au commissionnaire de la lettre de voiture ou du connaissement.

Il y a détention réelle alors que la possession est aux mains de celui qui détient dans l'intérêt du commissionnaire, tout comme lorsqu'elle est dans ses mains propres. Aussi a-t-il été jugé que le privilége a lieu quoique la possession soit exercée par un intermédiaire choisi par le commissionnaire, un voiturier, par exemple (Req., 7 juin 1825, D. R., n° 197), et que celui qui a fait à un acheteur de marchandises une avance de fonds pour l'acquittement du prix de ces marchandises (avec convention qu'elles seraient consignées à un commissionnaire chargé par le bailleur de fonds de les recevoir pour son compte et de les expédier même à une de ses maisons de commerce à l'étranger au nom de laquelle les connaissements seraient faits, et qui ne remettrait les marchandises que contre le remboursement des avances effectuées) a sur ces marchandises le privilége de l'article 93 du Code de commerce, à l'encontre du vendeur non payé, tant qu'elles se trouvent dans les magasins du tiers qui les a reçues pour son compte (Req., 1er déc. 1840, D. R., n° 198). — MM. Pardessus, n° 1288; — Troplong, *Nantissement*, n° 345; — Delamarre et Lepoitvin, tome II, n° 408; — Massé, tome VI, n° 499; — Dalloz, *Rép.*,

v° *Commiss.*, n° 198, et Alauzet, tome I, n° 436, émettent une opinion conforme. — D'autre part, il a été bien décidé que le commissionnaire ne peut être considéré comme possesseur, et, par suite, bénéficier du privilége de l'article 93, à l'égard de marchandises qui sont dans un magasin qui est sa propriété, si ce magasin est loué au commettant (Rej., 28 mai 1812, D. R., n° 200), et que le négociant qui a fait des avances sur des marchandises qu'il est chargé de vendre et qui ne sont pas dans ses magasins, mais dans ceux d'un tiers commissionnaire comme lui, ne peut invoquer que les droits d'un créancier ordinaire (Req., 6 nov. 1827, D. R., n° 202).

On ne doit pas entendre les mots *magasins du commissionnaire* dans un sens restreint. Tout emplacement où le commissionnaire, mis en possession réelle de la marchandise, l'aura déposée, pourra être considéré comme un magasin. Ainsi, si les objets, à leur arrivée, ont été mis dans la cour de la maison, ou même, comme cela se pratique dans certaines villes et pour certaines marchandises, le long des murs de sa maison, sur la voie publique, le privilége existera pour lui. La solution dépend du point de fait de savoir si le commissionnaire est réellement détenteur de la marchandise.

Pour la détention *fictive*, deux conditions sont nécessaires : 1° l'expédition effectuée par le commettant; — 2° la remise aux mains du commissionnaire, ou d'un tiers qui le représente, de la lettre de voiture ou du connaissement.

L'article 93 exige que le commissionnaire prouve une expédition opérée, et il a été jugé que la remise du connaissement ou de la lettre de voiture ne suffirait pas pour créer le privilége, s'il était établi que l'expédition n'a pas eu lieu (Req., 28 juin 1826, D. R., n° 209) : — « Attendu que la remise du connaissement entre les mains du porteur l'autorise seulement à poursuivre la vente de ces marchandises, s'il est nécessaire; que l'article 93 du Code de commerce, par exception aux règles générales, établit bien un privilége, mais il ne concerne que le commissionnaire qui a fait des avances sur la marchandise *à lui expédiée d'une autre place...*, et encore faut-il qu'elle soit à la disposition du commissionnaire, dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou que *l'expédition lui en ait été faite.* » — Au surplus, la remise de la lettre de voiture ou du connaissement aux mains du commissionnaire ou de son préposé fait

supposer l'expédition. C'est ce qu'indique suffisamment l'article 93 par ces mots : « S'il peut constater, par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui en a été faite. »

Le connaissement peut être *à ordre* (C. comm., art. 281). — Il en est de même de la lettre de voiture, d'après un usage du commerce qui n'est plus susceptible de controverse (Lyon, 10 janv. 1826, D. P., 26, 2, 170; — MM. Pardessus, t. III, n° 541; — Massé, t. VI, n° 511; — Troplong, *Nantissement*, n° 340; — Delamarre et Lepoitvin, t. IV, n° 45). — C'est un usage introduit pour faciliter les opérations commerciales et permettre au commissionnaire de se procurer plus facilement de l'argent en négociant la lettre de voiture ou le connaissement. D'un autre côté, il est de principe que, pour être régulier et transférer la propriété des effets de commerce, l'endossement doit être *daté, énoncer le nom de celui à l'ordre de qui il est passé* et *exprimer la valeur fournie.* Lorsqu'une de ces conditions manque, l'endossement ne vaut que comme procuration (C. comm., art. 138). — Du rapprochement de ces dispositions est née la question de savoir si l'endossement d'un connaissement ou d'une lettre de voiture ne peut profiter à celui qui invoque l'article 93 du Code de commerce qu'autant qu'il est conforme aux prescriptions de l'article 137 et qu'il énonce notamment la *valeur fournie.* — Il ne saurait être douteux qu'un tel acte ne peut avoir d'autorité que s'il porte un nom et une date (M. Pouget, t. I, p. 390). — Mais l'expression de la valeur fournie est elle une condition essentielle du privilége? — Pour résoudre la question, une distinction nous paraît nécessaire.

Si le bénéfice de l'article 93 est réclamé par le commissionnaire auquel la marchandise a été directement expédiée, il peut se prévaloir d'un endossement qui n'exprime pas la valeur fournie, à la charge seulement de prouver qu'il a fait des avances. La raison en est que le connaissement ou la lettre de voiture n'est pour lui qu'un moyen de prouver sa possession, laquelle suffit, aux termes de l'article 93, pour assurer son privilége. — Il a été jugé ainsi que le commissionnaire auquel des marchandises ont été adressées peut réclamer le privilége de l'article 93 du Code de commerce, à raison des avances par lui faites sur ces marchandises, bien qu'il ne soit porteur que d'un endosse-

ment n'indiquant pas qu'il a fourni la valeur (Douai, 5 janv. 1844, D. R., v° *Commiss.*, n° 205) : — « Attendu que la transmission d'un connaissement par un commettant à son commissionnaire (cet endossement n'étant qu'un mandat) ne doit pas, pour être valable, exprimer une valeur fournie; que la nature de la convention est même exclusive de la possibilité d'une telle mention; que l'expression d'une valeur fournie ferait dégénérer en un autre contrat la convention réellement intervenue entre les parties; que le commettant doit et peut même d'autant moins exprimer une telle valeur que l'endossement a lieu le plus souvent hors la présence du commissionnaire, même à son insu, et à l'occasion d'un contrat qui ne reçoit sa perfection que postérieurement et par l'acceptation du commissionnaire... » — C'est ce qui résulte aussi implicitement d'un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 1er mars 1843, et sur lequel nous aurons bientôt à revenir. — « Attendu, porte cet arrêt, que l'article 93, qui accorde un privilége pour les avances faites par le commissionnaire sur lettre de voiture ou connaissement, suppose que les marchandises lui ont été *directement* expédiées, et que le connaissement ou la lettre de voiture a été fait à son profit de l'une des manières indiquées par l'article 281; que, HORS CE CAS, le connaissement à ordre ne peut conférer de privilége au commissionnaire que lorsqu'il lui est transmis régulièrement... » — MM. Delamarre et Lepoitvin, tome VI, n°s 97 et suivants; — Massé, tome VI, n° 508; — Alauzet, tome I, n° 442; — Clamageran, page 384, et Pouget, tome I, page 390, approuvent cette solution.

Quand le privilége est réclamé par un autre que le commissionnaire auquel la marchandise a été directement expédiée (par un simple bailleur de fonds, par exemple), la question est plus délicate. — Les auteurs que nous avons cités au numéro précédent reconnaissent le privilége de ce bailleur de fonds à l'encontre du vendeur (commettant primitif) et de sa faillite, aussi bien qu'au regard du commissionnaire qui lui a transmis le connaissement sans exprimer la valeur. — Cette théorie se fonde : 1° sur ce que le connaissement n'a pour objet ni la propriété ni le transport de la propriété de la marchandise qui y est décrite, *mais un simple ordre de livraison*, qui résiste à toute négociabilité; — 2° sur ce qu'il est, par suite, contre l'essence du connaissement d'être assimilé à un effet commer-

çable et contre la nature de son endos d'y énoncer une valeur fournie.

Mais nous ne saurions nous rallier à cette opinion. — Il nous paraît que le législateur s'est exclusivement occupé de l'hypothèse où l'expédition serait faite directement au commissionnaire détenteur de la lettre de voiture ou du connaissement, et que, considérant ce commissionnaire comme en possession de la chose expédiée alors qu'on lui a remis le connaissement ou la lettre de voiture, il le traite à l'égal de celui qui aurait la chose dans ses magasins ou dans un dépôt public. En une telle hypothèse, il n'y a pas à s'occuper du contenu de l'endos : peu importe que le connaissement soit à ordre ou à personne dénommée, car il n'a qu'un objet, c'est d'établir la détention fictive créée par le législateur. — Autre est l'hypothèse où ce n'est pas le destinataire ou consignataire auquel la marchandise est adressée qui est porteur du connaissement ou de la lettre de voiture, car il n'est dit nulle part que ce tiers peut se prévaloir d'une détention qu'il n'a pas réellement et qu'aucun texte ne lui donne fictivement. Il doit donc, s'il veut bénéficier du privilége de l'article 93, établir une possession qui ne peut résulter que d'un endossement régulier. En vain dit-on que le connaissement résiste à toute négociabilité, car il est un titre de créance, et rien ne s'oppose à ce qu'il soit transmis comme un effet de commerce. C'est ce que suppose la loi quand elle autorise les parties à le faire à ordre, et c'est ce que la pratique a toujours reconnu (Req., 13 juillet 1819, D. R., v° *Dr. marit.*, n° 849. — Conf. Boulay-Paty, *Faillites et banqueroutes*, t. II, n° 828; — Troplong, *Nantissement*, n° 330).

Conformément à notre manière de voir, il a été jugé que le tiers, à l'ordre duquel un connaissement ou une lettre de voiture a été passé par celui qui l'avait primitivement reçu du commettant, ne peut, si l'endossement n'indique pas la valeur fournie, réclamer le privilége de l'article 93 (Cass., 1er mars 1843, et Amiens, 29 juill. 1843, D. R., n° 206; — Cass., 25 juill. 1849, D. P., 53, 1, 187; — 30 janv. 1850, 50, 1, 50). — « Attendu, porte l'arrêt du 1er mars 1843, que l'article 93 suppose que les marchandises ont été directement expédiées au commissionnaire et que le connaissement ou la lettre de voiture a été fait à son profit de l'une des manières indiquées dans l'article 281; — Que, *hors ce cas*, le connaissement à ordre ne

peut conférer le privilége au commissionnaire que lorsqu'il lui est transmis régulièrement, c'est-à-dire au moyen d'un endossement conforme aux prescriptions de l'article 137; — Attendu que lorsque Muller a voulu se ressaisir des quarante-neuf barriques de sucre qu'il avait vendues à Brame, Chevalier et C^ie^, et dont le prix lui était dû, elles étaient encore en la possession du capitaine Vivien qui les avait chargées à bord du navire *le Saint-Jacques*, pour les transporter à Dunkerque, et qu'elles se trouvaient ainsi dans le cas prévu par l'article 577; — Attendu que Tissot et Prévost, qui se sont opposés à la remise des barriques de sucre aux mains de Muller, n'ont représenté aucune vente faite conformément à l'article 578 et ne se sont appuyés que sur le connaissement à l'ordre de Brame, Chevalier et C^ie^; — Attendu qu'il est constant et qu'il résulte d'ailleurs en fait de l'arrêt attaqué que l'endossement de ce connaissement *n'exprime aucune valeur fournie*...; — Casse. »

Cette jurisprudence ne contrarie nullement les termes de l'article 93, puisqu'elle reconnaît le privilége du commissionnaire auquel la marchandise a été directement expédiée et qui est porteur d'un connaissement même irrégulier, si d'ailleurs il justifie d'une avance par lui faite. Mais elle ne veut pas que, sous l'apparence de favoriser le commerce, on étende, d'une manière dangereuse, les dispositions de cet article; elle avertit ceux qui ne se trouvent pas dans le cas qu'il prévoit qu'ils ne peuvent invoquer le privilége contre les tiers que s'ils se sont fait mettre en possession de la chose par un transport régulier. Rien ne nous paraît plus sage et plus logique. — M. Troplong, *Nantissement*, n° 334, après avoir critiqué les motifs sur lesquels la Cour suprême paraît avoir édifié sa jurisprudence, et notamment celui qu'elle tire de ce qu'un transport par voie d'endossement ne peut se faire qu'au moyen d'un endossement indiquant la valeur fournie, se range à sa doctrine, et reconnaît que celui qui est saisi par un endossement irrégulier ne doit être envisagé que comme le mandataire de celui au nom duquel le connaissement ou la lettre de voiture a été fait. Le savant auteur aurait dû ajouter seulement, pour être complétement exact, que, par exception aux principes généraux, le commissionnaire auquel on a expédié directement la marchandise se trouve, en vertu de l'article 93 du Code de commerce, protégé par un privilége pour ses avances, quoiqu'il ne soit porteur que d'un

connaissement ou d'une lettre de voiture revêtu d'un endossement irrégulier, à la charge de justifier d'une avance par lui faite.

Au surplus, si le privilége n'était contesté que par l'auteur de l'endossement irrégulier, il serait permis de prouver contre lui et ses syndics que la valeur a été fournie (Req., 6 déc. 1852, D. P., 53, 1, 188).

Que décider dans l'hypothèse où l'expéditeur n'ayant remis au commissionnaire qu'un connaissement ou une lettre de voiture avec endossement n'exprimant pas la valeur fournie (ce qui arrive constamment dans la pratique), celui-ci l'a transmis, par un endos *régulier*, à un tiers qui lui a fait des avances? — Il est de principe, en matière d'effets de commerce, que le porteur d'un endossement irrégulier peut transmettre à un tiers de bonne foi la propriété de l'effet qu'il a ainsi reçu; il est considéré comme ayant mandat de disposer de cet effet (Req., 9 mai 1816 et 12 avril 1817, D. R., v° *Effets de commerce*, n° 461; — Req., 9 févr. 1814, *eod.*, n° 111, et Lyon, 22 mars 1825, *eod.*, n° 205. — Conf. MM. Pardessus, t. II, n° 354; — Nouguier, *Lettres de change*, t. I, p. 303). — Du moment que le connaissement et la lettre de voiture sont susceptibles de transmission par la voie de l'ordre, il faut appliquer à ces titres la conséquence qu'on tire du transport irrégulier en matière d'effets de commerce, car s'il est vrai qu'en règle générale l'expéditeur n'ait pas entendu transmettre au consignataire la propriété des marchandises dont il lui a donné un connaissement irrégulier, toujours est-il qu'il a voulu l'autoriser à vendre et que le tiers auquel le titre est régulièrement transféré en acquiert la propriété. — Il a été décidé, dans notre sens, que le commissionnaire auquel des marchandises ont été expédiées d'une autre place, sur connaissement à ordre, pour sûretés d'avances à faire, peut, sans le consentement de l'expéditeur, transférer ce connaissement par endossement au tiers qui a fait ces avances et lui conférer par ce moyen le privilége de l'article 93 (Cass., 16 déc., 1846, D. P., 47, 1, 126).

Il peut se faire que l'auteur de l'endossement régulier, qui n'était lui-même que mandataire, rembourse celui auquel il avait régulièrement transmis le connaissement. Si c'est le commissionnaire auquel la marchandise avait été primitivement consignée, il jouira du privilége tout comme si l'endos-

sement régulier qu'il a apposé n'avait pas été fait, car il sera dans les termes de l'article 93. — Mais *quid* si le connaissement ayant été l'objet de plusieurs endossements, c'est, non le commissionnaire ayant reçu d'abord expédition et connaissement endossé d'une manière irrégulière, mais un porteur intermédiaire n'ayant en lui-même qu'un endossement n'indiquant pas la valeur fournie qui a opéré ce remboursement dans les mains du porteur auquel il avait préalablement transmis par endossement régulier? — Nous ne pensons pas qu'il puisse bénéficier de l'article 93. — Il est vrai qu'en matière d'effets de commerce on a soutenu que l'endosseur qui, n'étant que mandataire, a transporté par un endossement régulier l'effet qu'il avait reçu, est subrogé à celui qu'il a remboursé ensuite (M. Dalloz, *Répert.*, v° *Effets de commerce*, n° 462). La conséquence serait que l'auteur d'un endossement régulier d'un connaissement pourrait bénéficier de l'article 93, quoiqu'il ne fût pas le consignataire auquel la marchandise avait été expédiée et qu'il n'eût reçu lui-même le connaissement que revêtu d'un endos irrégulier. Mais la doctrine de M. Dalloz a été justement condamnée, et il est reconnu, en ce qui concerne les effets de commerce, que celui qui est porteur en vertu d'un endossement irrégulier ne peut, lorsqu'il a remboursé le tiers auquel il avait passé l'effet par un endos régulier, prétendre échapper aux exceptions qui l'auraient atteint s'il n'eût pas fait cet endos régulier (Cass., 9 nov. 1836, et Bruxelles, 31 janv. 1835, D. R., *loc. cit.*). La raison en est, dit très-bien M. Nouguier, *Lettres de change*, t. I, p. 304, que lorsque le porteur en vertu d'un endossement irrégulier rembourse faute de payement, c'est en vertu de son mandat et non pour son propre compte. Il suit de là que celui qui n'étant pas dans les termes de l'article 93 a transmis par un endos régulier le connaissement qu'il n'avait reçu qu'en vertu d'un endos irrégulier, ne peut, après remboursement, invoquer le privilége.

Si le connaissement ou la lettre de voiture n'est pas *à ordre*, celui qui l'a reçu ne saurait, de son chef, le rendre négociable par la voie de l'endos, car il changerait la nature du contrat (M. Troplong, *Nantissement*, n° 337). — Il a été jugé, par suite, que le commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises qui ne lui ont pas été directement expédiées ne peut empêcher la revendication de ces marchandises par le vendeur non

payé, bien qu'il ait fait ces avances en vertu de la négociation à son profit de la lettre de voiture ou du connaissement, si d'ailleurs la lettre de voiture ou le connaissement n'était pas à ordre au moment du départ de la marchandise (Cass., 12 janv. 1847, D. P., 47, 1, 59. — Req., 28 juin 1826, D. P., 26, 1, 344). Par application de la même règle, il a été également décidé que le commissionnaire qui dispose des connaissements de marchandises qui lui sont expédiées pour en procurer la vente, ne peut transmettre aucun droit sur ces connaissements au tiers auquel il les donne en garantie, lorsqu'ils ne sont pas *au porteur*, ou lorsque, étant à ordre, le commissionnaire ne les a pas reçus par voie d'endossement, et lorsque les formalités prescrites pour le contrat de nantissement n'ont pas été observées (Cour de cassation belge, 4 juin 1833, D. R., n° 208. — Conf. Rouen, 29 nov. 1838, *eod.*, n° 136).

Le connaissement et la lettre de voiture sont-ils exclusifs de tout autre genre de preuves pour établir le privilége du commissionnaire? — L'affirmative résulte d'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 15 mars 1821 (D. R., v° *Commis.*, n° 211). — Il a été décidé, toutefois, que les bulletins de chargement de marchandises tiennent lieu de lettre de voiture, quoique non exactement conformes à ce qu'on entendait autrefois par lettre de voiture (Rej., 31 juill. 1844, *eod.*, n° 212) : — « Attendu que l'arrêt déclare en fait que les expéditions faites à la maison Gaillard, dont la bonne foi est reconnue dans la cause, sont constatées par les bulletins particuliers de chargement, lesquels, tels qu'ils ont été délivrés, renferment toutes les conditions exigées par l'article 102 du Code commercial pour la validité des lettres de voiture; — Attendu que le Code de commerce n'impose point à peine de nullité certaines formes sacramentelles comme indispensables à la validité de lettres de voiture... » — Dans l'espèce, l'acte produit contenait des indications précises, certaines, non équivoques sur les marchandises, le nom du destinaire, le nom du voiturier et son domicile; il portait la signature de l'expéditeur et du voiturier, enfin les marques et numéros des marchandises à transporter. Il pouvait donc suppléer le connaissement ou la lettre de voiture quoiqu'il ne fût ni l'un ni l'autre, *stricto sensu*. — Mais il a été très-bien reconnu : 1° qu'un récépissé du voiturier ou du commissionnaire de roulage serait insuffisant s'il ne contenait

pas les conditions *essentielles* d'une lettre de voiture (Rej., 12 févr. 1850, D. P., 50, 1, 55 ; — Cass., 13 nov. 1850, *eod.*, 54, 5, 124); — 2° Que de simples bordereaux d'expédition qui embrassent une plus ou moins grande quantité de marchandises pour diverses personnes et qui contiennent des désignations contradictoires, adressées à des commissionnaires de roulage placés sur divers points de la route, ne sauraient tenir lieu de connaissement ou de la bonne lettre de voiture (Lyon, 26 juillet 1837, D., *Rép.*, n° 213). — Quand la marchandise voyage, le connaissement ou la lettre de voiture peuvent seuls saisir le commissionnaire.

Mais quand la marchandise ne voyage pas, il n'y a pas possibilité de transmettre une lettre de voiture ou un connaissement. Ne peut-on y suppléer par tous actes quelconques capables de dessaisir le débiteur au profit de celui qui veut acquérir la détention, notamment par la remise d'une *facture* énonçant les effets consignés, avec pouvoir de s'en saisir, ou par un transfert en douane régulier? — La facture, au moyen de laquelle on peut transmettre la propriété, peut, à plus forte raison, dit M. Troplong, n° 319, transmettre la possession. Tel est, ajoute cet auteur, l'usage constant du commerce, attesté par Valin, t. I, p. 606. — MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 410; — Harel, *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 277, et Alauzet, t. I, n° 451, se prononcent dans le même sens. C'est la conséquence de la doctrine de ces auteurs qui voient dans l'article 93 une disposition démonstrative et non une exception aux règles admises en matière de constitution de gage. « L'article 2074 du Code Napoléon, dit M. Troplong, n° 120, déclaré inapplicable au droit commercial par l'article 2084, est devenu, par l'article 95 du Code de commerce, l'un des textes auxquels ce droit est assujetti. Mais l'article 2074 ne gouverne pas le gage commercial d'une manière générale et absolue, comme il régit le droit civil. Il ne le régit que dans le cas défini par l'article 95, c'est-à-dire lorsque le prêteur et l'emprunteur habitent le même lieu et que la chose placée sous leur main est susceptible d'un déplacement simulé ou frauduleux, et encore y a-t-il quelques exceptions à cette règle. Dans tous les autres cas, le gage commercial échappe à l'influence de l'article 2074 du Code Napoléon. Il se prouve, comme tous les autres contrats commerciaux, par les moyens indiqués par les

articles 12 et 109 du Code de commerce. — Déclaré étranger aux matières commerciales par l'article 2084, l'article 2074 n'a eu accès dans ce domaine que par l'article 95 du Code de commerce... Voulez-vous sortir de l'article 95 et vous élever à d'autres cas? En vertu de quoi pourriez-vous les assujettir à l'article 2074 du Code Napoléon? — Serait-ce au nom du droit commun? — Mais l'article 2084 est toujours là avec son mur de séparation entre l'article 2074 et le droit commercial... Si donc il arrive que le gage soit contracté hors des termes de l'article 95 du Code de commerce l'article 2074 reste frappé d'impuissance par l'article 2084; il n'atteint pas une telle convention... Cette thèse atteint un bien plus haut degré de force par la loi du 8 septembre 1830, aux termes de laquelle « les actes de prêts ou consignations de marchandises, fonds publics français, et actions des compagnies d'industrie ou de finance, *dans les cas prévus par l'art. 95 du Code de commerce,* seront admis à l'enregistrement moyennant un droit fixe de 2 francs. » Le législateur suppose que ce n'est que dans les cas indiqués par l'article 95 que l'acte de prêt sur dépôt et consignation est de rigueur, et c'est par cette raison décisive qu'il ne réduit le tarif que pour l'acte rédigé conformément à l'article 95 du Code de commerce, car il sait bien que, dans tous les autres cas, le prêt sur consignation n'est pas rédigé en acte, qu'il s'établit par la correspondance et qu'il n'y a pas de droit à percevoir. »

Nonobstant cette dissertation, dont la première partie n'est, à vrai dire, qu'une pétition de principes, malgré ce que l'usage commercial peut avoir introduit à cet égard dans certaines places de commerce, nous ne pensons pas qu'on puisse ainsi se soustraire à l'application d'une loi positive. Le commerce a plus à gagner après tout, à une interprétation qui restreint un droit anormal aux cas spécialement prévus, qu'à celle qui, l'affranchissant de toutes les précautions, ouvre la porte à une foule d'abus, et substitue à des règles certaines un laisser-aller auquel certains esprits sont malheureusement trop enclins.

Du reste, quoique quelques cours aient statué dans le sens suivi par M. Troplong (Colmar, 7 mars 1812, D. R., v° *Priv. et hypoth.*, n° 321; — Metz, 5 févr. 1820, D. R., v° *Nantissement*, n° 112; — Toulouse, 8 mai 1835, D. R., v° *Acte de comm.* n° 318), la jurisprudence paraît se dessiner en sens contraire (Rej., 28 juin 1826, D. R., v° *Comm.*, n° 209; — Poitiers, 21 juill.

1842, *cod.*, n° 193; — Cass. 6 mai 1845, D. P. 45, 1,231). — Il a été jugé spécialement que si le commissionnaire, bien que domicilié dans une autre ville que le propriétaire des marchandises, n'en a été saisi qu'au moyen d'un transfert en douanes, et non par suite d'une expédition à lui faite, il n'a pas droit au privilége de l'art. 93 (Rej., 17 mai 1847, D. P., 47, 1, 161): — « Attendu, porte l'arrêt, qu'aux termes de l'article 93, pour qu'un commissionnaire puisse avoir privilége, à raison des avances qu'il a faites sur des marchandises à lui expédiées, il faut: 1° que cette expédition lui ait été faite d'une autre place; 2° que ces marchandises soient à sa disposition, dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou qu'avant qu'elles soient arrivées, il puisse constater par un connaissement ou par une lettre de voiture l'expédition qui lui en a été faite; — Attendu, dans l'espèce, que les marchandises n'ont pas été expédiées à Fourchon de la place d'Honfleur à celle de Paris, d'où il suit que Fourchon ne se trouvait pas dans les conditions déterminées par l'article 93 du Code de commerce.... »

Si, maintenant, nous pesons les raisons invoquées par M. Troplong, il nous semble qu'elles sont loin d'être concluantes. Quant à l'argument tiré de l'article 2084 du Code Napoléon, il suffit, pour en atténuer la portée, de faire remarquer qu'il avait en vue une législation spéciale (l'ordonnance de 1673), qui exigeait, pour la constitution des prêts commerciaux sur gage, les formalités que prescrit aujourd'hui le Code Napoléon; d'où la conséquence qu'en disant que les dispositions du titre du gage ne sont pas applicables aux matières de commerce, le législateur se référait à des règles tout aussi rigoureuses que celles qu'on prétend ne pas devoir être suivies; que si cette législation est aujourd'hui abrogée, elle fait place à la loi qui ne s'écarte du Code Napoléon que dans le cas prévu par l'article 93 du Code de commerce et qui prend soin de nous ramener à la règle commune dès qu'on n'est plus dans cette hypothèse. — Qu'on le remarque d'ailleurs, l'article 93 n'a d'utilité qu'en tant qu'il est une dérogation à l'article 2074 du Code Napoléon, car il serait une superfétation s'il était reçu que les usages ordinaires du commerce régissent le gage commercial qui serait dispensé de toute condition particulière pour sa régularité. Et puis, de deux choses l'une: ou il faut soumettre le prêt sur gage commercial à la loi qu'a voulu lui faire, selon

vous, l'article 2084 du Code Napoléon, c'est-à-dire, l'astreindre aux formalités de l'ordonnance de 1673; ou il fait reconnaître que cet article n'a pas eu en vue l'ordonnance de 1673, et alors suivre la règle que M. Troplong, *Nantissement*, n° 121, proclame lui-même, d'après le Code Napoléon laquelle doit être suivie toutes les fois que la loi commerciale n'y a pas dérogé.

Passant à l'argument que M. Troplong tire de la loi du 8 septembre 1830, nous dirons que si l'on prenait à la lettre les termes de cette loi, il faudrait admettre qu'elle n'a eu en vue que les actes de consignation qui rentrent dans la prévision de l'article 95 du Code de commerce, c'est-à-dire ceux où les parties qui traitent habitent le même lieu, et non ceux passés entre négociants qui habitent des lieux différents. Or, M. Troplong, n° 124, n'admet pas cette conséquence, qui est, au surplus, repoussée par la jurisprudence (Rej., 26 mai 1845, D. P. 45, 1, 311).

Aux termes de l'article 446 du Code de commerce, « sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque..., toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de *nantissement* constitués sur les biens du débiteur pour dettes *antérieurement* contractées. » — Si donc le gage n'a été concédé que dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, et pour une dette antérieure, le privilége du commissionnaire n'existe pas au regard de la masse (MM. Troplong, n° 257; — Renouard, *Faillites et banqueroutes*, sur l'art. 446). — Il en serait ainsi, alors même que le gage aurait été promis au moment où la dette a été contractée, s'il n'a été réalisé que dans les dix jours (mêmes auteurs et M. Alauzet, n° 433). — Mais si la dette a été contractée en même temps que le gage a été stipulé, on n'est plus dans les termes de l'article 446 et le privilége ne saurait être contesté, sauf les cas de fraude (mêmes auteurs). — Telle nous paraît être aussi la doctrine de M. Pouget, t. I, p. 366.

Il nous reste à déterminer *l'étendue* et le *rang* du privilége créé par l'article 93. On a vu que le texte de cet article accorde privilége au commissionnaire pour ses *avances*, *intérêts* et *frais*. Ces expressions doivent être entendues de la ma-

pière la plus large. Ainsi, les mandats acquittés, les crédits ouverts, les achats faits au nom du commettant, les payements à sa décharge, en un mot tout ce qui lui profite, doit être considéré comme *avance* (MM. Troplong, *Nantissement*, n°s 209 et 210; — Delamarre et Lepoitvin, n°s 391 et 421; — Alauzet, n°s 425 et 426; — Dalloz, *Rép.*, v° *Commiss.*, n° 140, et Pouget, p. 367). — Il a été jugé dans ce sens : 1° Que l'acceptation par le commissionnaire de traites tirées sur lui par le commettant constitue une avance qui empêche la revendication de ce dernier, et cela même lorsque le commissionnaire est tombé en faillite depuis l'acceptation (Req., 4 juillet 1826, D. R., n° 140); — 2° Que les sommes, que le commissionnaire a été obligé de restituer par suite de l'annulation de la vente par lui faite à un tiers qui, avant réception des marchandises, avait donné des à-compte sur le prix, sont des avances pour ce commissionnaire (Req., 8 juin 1829; *eod.*, n° 139); — 3° Qu'on doit entendre sous le nom d'*avances*, sauf le cas d'une convention contraire, toutes les sommes, tous les objets, toutes les valeurs quelconques qui sortent des mains du commissionnaire pendant qu'il est nanti de l'objet consigné, et qui sont exposés dans l'intérêt du commettant, par exemple des marchandises envoyées par le commissionnaire au commettant, des effets endossés ou acquités pour ce dernier (Cass., 23 juin 1830, *eod.*, n° 136) : — « Considérant, porte l'arrêt, que ce mot *avances* est générique et comprend toutes les sommes, tous les objets, toutes les valeurs quelconques qui sortent des mains du commissionnaire et profitent au commettant.... »

Il importe peu, au surplus, disent fort bien MM. Persil et Croissant, *Des commissionnaires*, p. 74, que le commettant conteste ou non l'utilité des dépenses faites pour lui si le commissionnaire a agi de bonne foi. Cette opinion est conforme à la théorie que nous avons établie au sujet des dépenses faites par le mandataire pour la chose du mandant.

Les *frais* comprennent ceux de transport, de déchargement, d'emmagasinage, et toutes les dépenses qu'occasionnent les marchandises consignées, le *lavage* des laines, par exemple (Req., 22 juillet 1817, D. R., v° *Commiss.*, n° 134).

Le montant du droit de commission en fait-il partie? — La négative a été jugée (Bruxelles, 23 fév. 1828, *eod.*, n° 142) : — « Attendu, porte l'arrêt, que le droit de commission ne peut

être compris parmi les avances et frais, ni être rangé sur la même ligne, puisque le droit de commission n'est point une avance, mais bien plutôt un gain ou au moins un salaire pour l'accomplissement d'un mandat... » — Mais l'article 576 du Code de commerce exige nécessairement une solution contraire, car il range la commission parmi les *frais* dus au commissionnaire (Conf. Colmar, 2 mars 1847, D. P., 48, 2, 87).

A quelle époque les avances doivent-elles avoir été faites pour donner lieu au privilége? — Est-il nécessaire qu'elles aient eu lieu en vue du gage déjà constitué; ou suffit-il qu'elles existent, alors même qu'elles seraient antérieures à cette constitution?

Plusieurs systèmes se sont produits sur cette question. Suivant les uns, le privilége existe pour tout ce qui est dû au commissionnaire, soit que les avances aient été faites *antérieurement* à l'expédition des marchandises et à une époque même où cette expédition n'était pas prévue, soit qu'elles aient eu lieu *en prévision d'une expédition* qui était sur le point de s'effectuer, soit qu'elles aient été faites *simultanément* avec la convention de gage, soit enfin qu'elles aient *suivi* cette constitution. On invoque à l'appui de cette thèse Valin, qui dit, dans son *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, livre II, titre 10, article 3 : « La faveur du commerce a fait introduire le privilége du nantissement ou de la saisie naturelle au profit de celui qui, ayant à sa consignation des marchandises appartenant à un négociant dont il est le commissionnaire correspondant, avance des sommes sur le prix de ces marchandises. Par exemple, un navire est adressé à un négociant pour en faire le désarmement et vendre sa cargaison; il paye avant toute vente (et par conséquent avant d'avoir en mains aucuns deniers appartenant à son commettant) les gages de l'équipage, les primes d'assurances, les sommes empruntées à la grosse; il acquite de plus, ou il accepte les lettres de change que son commettant tire sur lui. Nul doute que, pour son remboursement, il n'ait droit de retenir par ses mains, par voie de compensation, avec privilége exclusif à tous autres créanciers, toutes les sommes qu'il a ainsi avancées... Cela est si naturel et si juste qu'il est étonnant qu'il se soit rencontré des gens assez chicaneurs pour disputer la compensation en pareil cas, de même qu'en tous autres où le négociant se trouve nanti, soit avant, *soit après ses avances*,

sans avoir les mains liées par aucune saisie. Aussi ont-ils successivement succombé autant de fois qu'ils ont eu la témérité d'élever la question. Il est même des pays, comme la Hollande, où, pour la preuve du nantissement, il suffit de présenter la clef du magasin où sont les marchandises, tant les opérations qui produisent la circulation vive du commerce sont favorables et méritent d'être protégées. » — MM. Pardessus, *Droit commercial*, tome II, n° 490; — Delamarre et Lepoitvin, tome II, n°s 387 et suivants, et tome VI, n°s 92 et suivants, ont adopté ce sentiment. Suivant les auteurs du *Traité du contrat de commission*, le droit du commissionnaire n'est pas un privilége, mais un droit de *rétention*, bien supérieur au premier, dérivant de la loi naturelle, qui a lieu sans convention et qui a toujours la priorité sans jamais souffrir de concurrence. En conséquence, il profite, sans distinction, à tous les commissionnaires et s'étend à tous les cas où le négociant se trouve nanti, soit avant, *soit après ses avances*. — Il a été jugé ainsi : 1° que le commissionnaire qui a reçu en consignation de son débiteur des marchandises pour en faire la vente et en affecter le prix au payement de sa créance personnelle, a privilége sur la valeur de ces marchandises aussi bien pour ses créances *antérieures* à l'expédition que pour les créances postérieures (Rej., 23 avril 1816, D. R., v° *Commiss.*, n° 144); — 2° Que le privilége existe pour *avances antérieures*, même lorsqu'elles ont été faites sur des objets d'une nature entièrement différente de ceux sur lesquels le commissionnaire réclame la préférence (Bordeaux, 28 janvier 1839, *eod.*, n° 146). — Mais qu'on le remarque bien, ni la Cour suprême ni la Cour de Bordeaux n'ont considéré le droit du commissionnaire comme un droit de *rétention*, mais bien comme un véritable privilége. C'est ce que nous avons dit nous-même plus haut, en nous appuyant sur l'autorité de M. Troplong, *Nantissement*, n°s 452 et suivants.

Cet auteur enseigne, au surplus, que le privilége existe, même pour les avances *antérieures*, soit qu'elles aient été faites en contemplation d'un gage promis et constitué plus tard, soit que le prêteur qui avait d'abord fait des avances à découvert ait consenti à ne pas exiger son remboursement, à la condition qu'il serait nanti conformément à l'article 93. — Il se fonde : 1° sur ce que, en droit civil, le gage donné après le prêt garantit le prêteur aussi bien que celui qui aurait été constitué

antérieurement ou simultanément : — 2° Sur ce qu'il y a lieu d'appliquer cette règle au droit commercial par une raison *à fortiori;* — 3° Sur ce que l'article 93 du Code de commerce ne limite pas expressément le privilége au cas où les marchandises sont *déjà* expédiées, et n'exige rien de plus que l'affectation de la créance sur les marchandises expédiées, affectation qui se rencontre aussi bien quand la convention intervient après les avances faites que lorsqu'elle les précède.

Suivant d'autres, on doit, au contraire, restreindre le privilége au cas où les avances sont *postérieures* à l'expédition des marchandises. C'est l'opinion adoptée par M. Pouget, tome I, p. 368. Elle résulte aussi d'un grand nombre de décisions souveraines. — Ainsi il a été jugé : 1° Que le privilége de l'article 93 ne peut être invoqué par le commissionnaire qu'autant que ses avances ont été faites au moment où la marchandise était à sa disposition, et qu'il peut, à défaut d'une détention réelle et matérielle dans ses magasins ou dans un dépôt public, établir l'expédition par un connaissement ou une lettre de voiture (Bruxelles, 15 mars 1821, D. R., n° 211); — 2° Que, par suite, celui qui a fait des avances a découvert à un négociant n'a pas de privilége sur les marchandises qui lui sont ensuite expédiées, alors qu'au moment de ses avances il ignorait l'envoi qui lui a été fait ensuite (Aix, 11 janvier 1813, D. R., v° *Faillite*, n° 1282); — 3° Que le commissionnaire qui a fait des avances en vue de consignations ultérieures n'est pas admis à se prévaloir de l'article 93 du Code de commerce (Douai, 29 novembre 1843, D. R , v° *Commiss.*, n° 157); — 4° Que le privilége ne peut être réclamé par celui-là même qui a fait des avances sur des marchandises de même nature que celles sur lesquelles il demande préférence (Nîmes, 7 juin 1843, *eod.*, n° 156); — 5° Que le commissionnaire qui a vendu des marchandises à un négociant, et est ainsi devenu son créancier, ne peut invoquer le privilége sur le prix des mêmes marchandises lorsqu'elles sont revendues, à l'effet de se couvrir de ses avances dans le cas même où il ne les aurait vendues à ce négociant qu'à la condition qu'elles seraient consignées au commissionnaire pour appliquer le produit de la revente à sa créance (Cass., 18 mars 1845, D. P., 45, 1, 242).

Et l'on a considéré comme *avances antérieures :* 1° celles qui ont eu lieu avant l'arrivée des marchandises en la possession du

commissionnaire, quoique après la remise d'une lettre de voiture irrégulière (Cass., 13 nov. 1850, D. P., 54, 5, 124); — 2° celles qui ont précédé la remise du connaissement, alors même qu'il a une date plus ancienne (Rej., 4 déc. 1848, D. P., 48, 1, 227); — 3° celles qui résultent d'une *acceptation* de traites *antérieure* à la consignation, quoique le payement des traites ne dût se faire qu'après l'expédition (Cass., 14 mars 1855, D. P. 55, 1, 180).

Cette dernière jurisprudence est bien rigoureuse et par trop formaliste, en une matière où l'on ne doit pas exagérer les restrictions. S'il est vrai, et cela nous paraît incontestable, que le législateur n'a entendu déroger aux principes généraux établis pour la constitution de gage que dans le cas prévu par l'article 93 du Code de commerce, il est également certain pour nous qu'il a voulu consacrer l'usage loyal et régulier du commerce qui donne privilége à celui qui prête ou fait des avances sur une consignation de marchandises. Or toutes les fois qu'il est établi que le prêteur n'a avancé son argent qu'en perspective d'une consignation déjà opérée ou qui s'opérait simultanément, on a évidemment satisfait à l'article 93. — Ainsi, un négociant prête à un autre négociant, sur la remise qu'il lui fait d'un connaissement, ou bien au moment où les marchandises entrent dans ses magasins : il y a privilége, tout comme si le prêt était retardé d'un jour ou deux. Il y a plus : supposons qu'un négociant prête à un autre au moment où celui-ci écrit et signe un connaissement qu'il se prépare à lui remettre, et qui est relatif à des marchandises qu'il va lui expédier sur une place autre que celle où s'opère l'avance, il nous paraîtrait souverainement injuste de refuser privilége à ce bailleur de fonds, si, par suite de quelque circonstance imprévue, le connaissement ne pouvait être remis que dans la soirée ou le lendemain du jour de sa préparation. Toutes les fois que l'avance et la consignation sont simultanées, et même lorsque la consignation consentie est effectuée sans retard, alors qu'en fait un ou deux jours ont pu être employés pour opérer l'expédition, on ne doit pas hésiter à appliquer l'article 93. C'est ce qu'enseigne, au surplus, M. Alauzet, n° 424.

Il a été décidé dans ce dernier sens : 1° Qu'on doit accorder privilége au commissionnaire qui a fait des avances en vue de marchandises dont on lui remettait le connaissement, quoique

l'expédition n'ait été opérée qu'après le délai d'un jour ou deux employé à l'embarquement desdites marchandises (Rouen, 7 juill. 1853, D. P., 55, 2, 354); — 2° Que lorsque des marchandises ont été expédiées à un commissionnaire et qu'il a fait des avances, il a privilége quoique les avances soient antérieures à la réception du connaissement, si elles sont postérieures à sa date, dont la sincérité n'est pas contestée (Paris, 18 nov. 1848, D. P., 49, 2, 106): — « Considérant, porte l'arrêt, que le 26 avril 1847, quatre jours avant celui auquel le tribunal de commerce de Mortain a fixé l'ouverture de la faillite de Labroueisse, celui-ci avait expédié de Jourdeval, à l'adresse de Grenard, son commissionnaire à Paris, 96 rames de papier; que cet envoi avait été précédé d'une lettre missive datée du 15 du même mois, par laquelle Grenard était avisé que les papiers dont on lui annonçait le prochain départ serviraient à le couvrir d'une avance de 1,188 fr. que Labroueisse l'invitait à lui faire, en acquittant deux mandats de pareille somme dus par ce dernier et payables à Paris fin dudit mois; que, sur la foi de cette expédition, dûment constatée par une lettre de voiture à l'adresse du commissionnaire, datée du 26 avril 1847, jour de l'envoi, et remise au voiturier, Grenard fit les avances qu'on lui demandait, en remboursant, le 30 avril, les deux mandats susénoncés; que, le 5 mai suivant, les papiers qui lui avaient été expédiés, ayant parcouru le trajet de Jourdeval à Paris dans la période ordinaire de dix jours, arrivèrent à Paris et entrèrent dans ses magasins; qu'en même temps le voiturier lui remit la lettre de voiture dont il était porteur; — Considérant qu'en cet état de choses, Grenard eût été évidemment mal fondé à se prévaloir de la première disposition de l'article 93 du Code du commerce pour réclamer un privilége sur les marchandises à lui expédiées, puisque la livraison lui en avait été faite postérieurement à l'ouverture de la faillite Labroueisse; mais que ce privilége ne pouvait lui être contesté lorsqu'il s'appuyait, pour en demander l'exercice, sur la seconde disposition du même article, et qu'il justifiait par une lettre de voiture en bonne forme que la marchandise, gage de ses avances, lui avait été expédiée antérieurement à la faillite de Labroueisse; que cependant sa demande a été repoussée par le motif qu'il n'avait en sa possession, à l'époque de l'ouverture de cette faillite, ni les marchandises ni la lettre de voiture dont

il s'agit; qu'ainsi, les premiers juges ont supposé que le privilége établi par l'article 93 ne prend naissance au profit du commissionnaire qu'au moment où il se trouve nanti soit des marchandises, soit de la lettre de voiture qui en constate la transmission ; mais que c'est là une erreur dérivant d'une fausse interprétation de la loi ; qu'en effet, l'article 93 consacre le privilége du commissionnaire dans deux cas qu'il spécifie et qu'il distingue clairement, en énonçant d'abord celui où la marchandise étant arrivée se trouve à la disposition du commissionnaire, dans ses magasins ou dans un dépôt public, et ensuite le cas où la marchandise, bien qu'expédiée, n'est point encore arrivée à sa destination; que, dans cette seconde hypothèse, seule applicable à l'espèce, la loi subordonne l'exercice du privilége à la seule obligation de constater l'expédition des marchandises par un connaissement ou par une lettre de voiture ; qu'aucun genre de preuve ne peut suppléer l'omission de l'une ou de l'autre de ces deux pièces, mais que leur représentation satisfait pleinement au vœu de la loi, qui assimile à bon droit le cas où la marchandise expédiée voyage à la destination du consignataire et celui où la marchandise ayant atteint le lieu d'arrivée, est entrée en la possession de celui dont elle garantit les avances ; que l'article 93 n'exige, ni textuellement ni virtuellement, qu'avant l'arrivée des marchandises le commissionnaire ait en sa possession la lettre de voiture ou le connaissement; qu'on ne comprendrait même pas le motif d'une telle prescription; que la remise de ces pièces au commissionnaire n'ajouterait rien à son droit, rien à la garantie des tiers ; que les titres qui justifient l'expédition ne sauraient avoir plus de force dans ses mains que dans celles du voiturier, qui les détient pour lui et a mandat de les lui remettre ; que le législateur a voulu seulement, dans un intérêt facile à concevoir, régler et limiter le mode de preuve de l'envoi de la marchandise.... »

Le privilége existe pour des avances *successives* tant que la marchandise reste consignée et quoique les premières aient été couvertes (MM. Troplong, *Nantissement*, n° 256 et Alauzet, n° 434). — Il a été jugé ainsi que le privilége du commissionnaire subsiste pour toutes les avances qu'il fait tant que dure la consignation (Douai, 5 janvier 1844, D., *Rép.*, v° *Commiss.*, n° 205) : « Attendu, a dit la Cour, que la loi ne limite pas le

privilége aux avances spéciales relatives à certaines marchandises, comme elle ne le limite pas aux avances primitivement faites sur ces marchandises; que tout, au contraire, se lie et se combine dans les opérations qui interviennent entre le commettant et le commissionnaire, de telle sorte qu'une avance couverte, soit d'une manière spéciale, soit par le rapprochement des éléments du compte courant, peut être utilement remplacée par une autre avance faite sur les marchandises aussi longtemps que la consignation subsiste.. »

Il suit de là que le commissionnaire conserve son privilége sur les marchandises dont il est nanti, quoiqu'il se soit dessaisi d'une partie de ces marchandises. Ainsi si, par suite d'une revendication, il a livré quelques-uns des objets consignés, il pourra se faire payer sur ceux qu'il détient encore sans que les syndics de la faillite du commettant puissent lui contester son droit de préférence. La raison en est que le privilége est indivisible, qu'il frappe sur toutes les marchandises pour le tout, et qu'un créancier peut, *sans fraude*, renoncer à une partie de ses garanties. Il est bien vrai que les créanciers pourront éprouver un préjudice de cette remise, mais cela résulte de la force des choses, et il a été jugé qu'en une telle hypothèse les créanciers de la faillite ne peuvent réclamer à celui qui a repris par revendication une part des avances par eux remboursées au commissionnaire (Amiens, 6 juin 1838, D. R., *eod.*, n° 160). — Le privilége n'est introduit, en effet, qu'en faveur du créancier, et non au profit du propriétaire de la marchandise.

L'abandon volontaire que fait le commissionnaire d'une partie de la consignation ne le prive pas davantage du bénéfice de l'article 93; et l'on a décidé que l'acquiescement donné par un commissionnaire à un concordat accordé à son commettant ne fait pas disparaître son privilége sur la partie de marchandises dont il est demeuré nanti, mais seulement sur celles dont il s'est volontairement dessaisi (Bruxelles, 13 juin 1818, *eod.*, n° 161).

Au surplus, il est constant que les difficultés qui peuvent s'élever sur la portée du privilége du commissionnaire et à raison desquelles son droit pourrait être restreint à telle ou telle marchandise ne peuvent affecter ce droit qu'au regard des créanciers du commettant. Quant à ce dernier, il ne serait certainement pas recevable à critiquer l'irrégularité de la consi-

gnation ou à prétendre que le privilége ne porte que sur une partie des marchandises données par lui en nantissement. C'est uniquement dans l'intérêt des tiers que les précautions dont nous avons donné l'analyse ont été édictées. Et il a été jugé que l'héritier bénéficiaire est lui-même non recevable à exciper du défaut d'accomplissement des formalités légales (Paris, 31 août 1836, *eod.*, n° 159). — Cet héritier représente, en effet, la succession.

Le privilége du commissionnaire s'exerce avant tout autre, il prime notamment le droit du vendeur non payé qui exerce la revendication. L'article 576 du Code de commerce porte en effet : « Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli. Néanmoins, la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signés par l'expéditeur. Le revendiquant sera tenu de rembourser à la masse les à-compte par lui reçus, ainsi que toutes avances faites pour fret ou voiture, *commission*, assurances *ou autres frais*, et de payer les sommes qui seraient dues pour mêmes causes. » — Il a été jugé, par application de cette disposition, combinée avec l'ancien article 577 et l'article 576 actuel : 1° Que le commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises non payées par son commettant qui tombe en faillite avant leur arrivée dans les magasins du commissionnaire, ne peut être privé de son privilége par la revendication du vendeur (Bruxelles, 13 nov. 1818, D. R., v° *Commiss.*, n° 169; — Rouen, 18 juill. 1827, *eod.*, n° 165); — 2° Que lorsque des marchandises expédiées pour le compte d'un tiers à un commissionnaire qu'il a chargé de les recevoir pour lui, ont donné lieu à des avances de la part de ce tiers, ce dernier doit être préféré au vendeur non payé pour le montant de ses avances (Rej., 1er déc. 1840, *eod.*, n° 198). — C'est, au surplus, un point qui est hors de controverse aujourd'hui (M. Troplong, n°s 101 et 102).

Le commissionnaire l'emporte aussi sur le propriétaire locateur (M. Troplong, n° 103, qui invoque Bacquet, *Dr. de justice*, ch. 21, n°s 284, 285, et Brodeau sur Paris, art. 181, n° 4).

S'il est de principe qu'en matière civile les priviléges géné-

raux l'emportent sur les priviléges spéciaux, même sur celui du créancier gagiste, il en est tout autrement en droit commercial. C'est ce qui s'induit des dispositions des articles 546, 547 et 548 du Code de commerce qui considèrent le gagiste comme ayant un droit exclusif sur la chose pour assurer le payement de sa créance. C'est aussi l'opinion de MM. Troplong, n° 105; — Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 391, et Pouget, t. I, p. 396. — Il est bien entendu, toutefois, que si des frais de *conservation* avaient profité au commissionnaire depuis le nantissement, ils seraient payés par préférence au commissionnaire; il en serait de même des frais de justice qui lui auraient été utiles.

DOMENGET.

LA SÉPARATION DE CORPS RÉFORMÉE.

Par M. Paul Bernard, docteur en droit, procureur impérial à Château-Thierry (Aisne).

DEUXIÈME ARTICLE [1].

SECTION III.

Mesures provisoires relatives aux biens.

Dans le chapitre relatif aux effets de la séparation de corps, je demanderai que la séparation de biens qui en est le résultat rétroagisse au jour de la demande régulièrement introduite par un exploit d'ajournement, mais relativement aux époux seulement, parce que les tiers n'ont pas été avertis par une publicité suffisante. Le mari aura donc un double caractère : vis-à-vis des tiers il ne sera frappé d'aucune incapacité, pourvu qu'il n'y ait pas concert frauduleux avec eux; mais vis-à-vis de sa femme il sera déchu du droit de disposition, ou plutôt son droit sera suspendu dans la prévision d'une rétroactivité. Il ne conservera qu'un droit d'administration.

Pourquoi, dira-t-on, ne pas astreindre l'époux demandeur à donner de la publicité à la demande en séparation de corps comme dans celle en séparation de biens, puisqu'on doit ar-

[1] V. tome XVII, page 250.

river au même résultat? On éviterait ainsi les embarras inévitables d'une situation mixte. — Je comprends que la loi nouvelle puisse adopter un système plus simple, car le nôtre est périlleux; mais il a l'avantage, tout en sauvegardant les intérêts des époux, de ne pas détruire la nature toute personnelle de l'action en séparation de corps, et de réserver aux époux les chances d'une réconciliation qu'une publicité plus grande anéantirait dans la plupart des cas. Parcourons les mesures conservatoires.

L'article 270 du Code Napoléon autorisait la femme qui demandait le divorce à faire apposer les scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Cette faculté doit lui être laissée pendant l'instance en séparation qui l'expose aux dilapidations de son mari. Mais faut-il livrer arbitrairement ce droit à la femme ou le régler par la nécessité d'une autorisation préalable? A mon avis, c'est là une mesure de défiance qui porte une atteinte trop grave aux droits du mari pour la laisser à la discrétion de la femme, qui pourrait la faire dégénérer en vexation quand elle serait sans utilité. La même faculté doit être donnée au mari pour le cas où les époux étant séparés de fait, la femme voudrait vendre les meubles qui garnissent son appartement.

L'article 270 porte que le mari doit représenter les choses inventoriées ou répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. Mais ce n'est pas là une obligation facultative; la vente à des tiers l'exposerait à des dommages-interêts.

Article 34. Le tribunal pourra accorder en tout état de cause, à partir de la décision qui autorise ou suspend (l'assignation), la faculté à chacun des époux de faire apposer les scellés sur les effets mobiliers qui répondent de leurs droits. Les scelles ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, à la charge par l'époux de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire, sans préjudice, dans ce cas, des dommages-intérêts.

Aux mots *effets mobiliers de la communauté*, j'ai substitué une expression plus générale, parce que cette mesure peut être utile aussi lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal et ont stipulé une société d'acquêts, et surtout lorsque la propriété des meubles constitués en dot n'a pas été transférée au mari. Le tribunal appréciera l'opportunité de la mesure; car si

le mari possédait des immeubles pour garantir leur valeur, il serait inutile d'y recourir.

Lorsque le mari n'est pas solvable, le tribunal doit pouvoir ordonner le dépôt à la caisse des consignations des sommes appartenant à la communauté ou des sommes dotales. Le tribunal doit pouvoir ordonner aussi le séquestre des immeubles. — Le mari détruit un immeuble dotal, dévaste les bois : s'il ne possède rien, la fortune de la femme aura été fort gratuitement compromise. Dira-t-on que nous altérons trop gravement les droits de l'administrateur et maître de la communauté? Mais ces droits souffriront une atteinte bien plus grave lorsque le tribunal le reconnaîtra indigne d'exercer dans leur intégrité l'autorité paternelle et l'autorité maritale. Si dans certains cas il faut soustraire à son indignité les enfants et la femme, pourquoi serait-on moins prudent pour les biens? La pudeur des enfants, la vie de la femme sont des choses sacrées sans doute, mais que deviendront la femme et les enfants si l'on compromet leurs biens? On peut comparer les immeubles de la communauté à ceux d'une succession que des héritiers voudraient faire gérer par un séquestre.

Article 35. Le tribunal pourra aussi autoriser toutes mesures conservatoires, telles que saisie-arrêt, dépôt à la caisse des consignations des sommes appartenant à la communauté ou dotales, séquestre des immeubles, etc.

Les actes d'aliénation consentis par le mari ne pourront être querellés vis-à-vis des tiers que s'il y a eu fraude; mais dans tous les cas la femme sera fondée à se plaindre contre son mari, puisqu'il a outrepassé les limites d'une simple administration. La loi ne peut spécifier ce qui constitue la vente frauduleuse. Il me paraît impossible de considérer l'acquéreur comme étant de mauvaise foi, par cela seul qu'il aurait été instruit de la demande en séparation de corps, surtout si le mari a conservé dans son intégrité l'administration des biens (V. *contrà*, M. Massol, p. 178).

Les tiers ne doivent pas s'enrichir au détriment de la femme; cependant s'il plaît au mari de faire des donations mobilières, il en a le droit; mais tout contrat à titre gratuit doit être résolu malgré la bonne foi du donataire. La loi sur les faillites a admis le même principe. L'article 1422 permet au mari comme maître de la communauté d'aliéner à titre gra-

tuit les biens communs pour l'établissement des enfants nés du mariage. Cette donation faite pendant l'instance en séparation de corps ne doit pas lier la femme, parce qu'elle peut avoir pour but frauduleux de la dépouiller. Il ne faut pas que le mari puisse pendant cette période anormale, où l'irritation annihile les bons sentiments, appauvrir la femme et la laisser sans motifs légitimes dans une dépendance dégradante à l'égard de ses enfants. La communauté va être dissoute, il ne peut dépendre du caprice de son mari de lui ravir ce qu'elle a conquis par sa collaboration, tandis qu'une liquidation prochaine lui laissera la disposition de sa part dans la communauté. Admettre le principe contraire serait donner au mari le droit de faire des libéralités avec le bien d'autrui. Dans l'intérêt même d'une réconciliation, il ne faut pas imposer à la femme un acte fait sans sa participation. Il est possible que dans la situation nouvelle que va lui faire la séparation de corps, toutes ses ressources lui soient nécessaires; quelle que soit la vérité sur les sentiments de la mère, laissons à son affection le soin de corriger ce que la haine de l'époux a inspiré, et l'enfant obtiendra plus ainsi que de la contrainte légale.

Article 36. A dater de l'autorisation d'assigner ou de la suspension émanée du tribunal, le mari conserve vis-à-vis des tiers les droits que lui conserve l'article 1421 du Code Napoléon; mais vis-à-vis de la femme il n'est qu'administrateur. En conséquence il pourra être recherché pour les actes de disposition qu'il aura consentis si la séparation de corps est prononcée.

Article 37. Les aliénations à titre gratuit des effets de la communauté seraient résolues dans l'intérêt de la femme. Quant aux obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et aux aliénations de meubles ou d'immeubles qui en dépendent, elles seront déclarées nulles s'il est prouvé qu'elles ont été contractées ou faites en fraude des droits de la femme.

Il est inutile de dire que les décisions émanées du tribunal sont soumises à la voie de l'appel.

SECTION IV.

De l'instruction.

Article 38. La cause sera instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, sauf les exceptions comprises

dans les articles suivants. Le ministère public sera entendu à peine de nullité.

Il faut se référer au droit commun de la procédure; remarquons toutefois que certains moyens d'instruction ne peuvent pas être admis dans l'instance en séparation de corps. Ainsi l'aveu du défendeur ne peut être accepté à lui seul comme une preuve légale, parce qu'il pourrait dissimuler un consentement mutuel. On admet en doctrine qu'il en est de même pour le serment décisoire et pour le serment supplétoire, parce qu'ils constituent une transaction entre les parties qui les rend juges du procès, et que d'ailleurs l'article 1358 créé pour donner une solution aux questions pécuniaires ne doit être appliqué aux questions d'état qu'avec la plus grande circonspection.

Ce principe doit être adopté par la loi nouvelle, mais j'en repousse l'application que M. Massol en fait à la preuve de la réconciliation. Pourquoi les magistrats ne permettraient-ils pas de déférer le serment, lorsque le défendeur oppose une fin de non-recevoir tirée d'une réconciliation accomplie sans témoins? On ne livre à la conscience du demandeur que le moyen considéré comme le plus favorable au maintien de la bonne harmonie entre les époux. (On trouve dans ce sens un arrêt de la Cour de Trèves, du 28 mai 1813.)

Les magistrats pourraient aussi permettre l'interrogatoire sur faits et articles. En cas de dénégation, on peut trouver des présomptions dans les contradictions du conjoint interpellé.

Les enquêtes doivent être faites comme en matière ordinaire et suivant les formes de droit commun. Nous n'avons qu'à nous approprier, comme l'a fait le projet de loi de 1816, une exception établie pour le divorce par l'article 251 du Code Napoléon et que la jurisprudence a toujours appliquée à la séparation de corps.

Article 39. S'il y a lieu à preuve par témoins, les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables à raison de la parenté, non plus que les domestiques pour la domesticité, sous la réserve au tribunal d'avoir tel égard que de raison aux dispositions des parents et domestiques.

Sous la dénomination générale d'*enfants*, nous comprenons les enfants naturels et adoptifs, aussi bien que les enfants adultérins et incestueux. La même prohibition doit s'étendre

aux enfants d'un premier lit. (Il faut repousser un arrêt de la Cour de Rennes du 22 janvier 1840, en sens contraire.)

D'ailleurs cette exception doit être restreinte dans ses limites, et on ne saurait admettre d'autres parents contre lesquels s'élèveraient de justes causes de reproches prévus par la loi civile. (Cassation, 8 juillet 1813 ; Demolombe, p. 583.)

Le projet de 1816 avait introduit une innovation qui nous paraîtrait regrettable; je cite les motifs du rapport afin que leur faiblesse soit mieux appréciée : « Relativement aux jugements, « il y a dans le projet une amélioration importante, c'est la « faculté qui est laissée aux tribunaux de les rendre à huis clos, « toutes les fois qu'ils le jugeront convenable ou croiront devoir « l'ordonner. — On avait proposé la même mesure dans la « discussion des articles du Code lorsqu'on s'occupait de sa « rédaction ; on voulait même que toute la procédure en séparation fut secrète; mais cette opinion ne fut pas adoptée, et « on laissa à ce genre d'action la même publicité qu'à toutes « les autres. Cependant il y a une grande différence dans les « résultats : la publicité des jugements ordinaires n'a aucun « danger, mais les jugements en séparation peuvent en avoir. « Les discussions qui précèdent ces jugements peuvent amener « des révélations affligeantes pour les familles; le public peut « se porter en foule à des audiences où il a l'espérance de nourrir « sa malignité; ces audiences peuvent être tumultueuses; les « débats peuvent dégénérer en scandale, et dans l'intérêt des « époux eux-mêmes, de leurs enfants, de leur famille, c'est ce « scandale qu'il faut éviter. Il est donc prudent d'avoir abandonné au discernement des juges l'appréciation des circonstances dans lesquelles les jugements pourraient être rendus « à huis clos, et de celles dans lesquelles on pourrait les rendre « publics. » (Locré, t. V, p. 556.)

Pour être logique, il faudrait aussi rendre la procédure secrète. Mais on ne pourra jamais faire que deux époux se séparent sans que la société connaisse leurs discussions. Ils n'ont qu'un moyen pour arriver à ce résultat, c'est la séparation de fait. Quant à la publicité, c'est la garantie de la justice; une seule exception pourrait y être faite; elle est relative aux débats. Sans doute les époux sont dignes d'intérêt, mais c'est là une considération accessoire à côté de la nécessité de ne pas multiplier les séparations. Le scandale n'est pas dans la *sentence*

méditée dans toutes ses dispositions comme dans tous les termes qu'elle contient; il n'est pas davantage dans la lecture solennelle qui en est faite à l'audience au milieu du recueillement de l'auditoire. Là est la leçon de moralité donnée au peuple, car c'est la conclusion du drame affligeant des discussions ou des déréglements de la vie privée. Là est l'exemple salutaire qui amène les époux à faire un retour sur eux-mêmes et leur inspire l'effroi de se donner en spectacle. La séparation est un mal assez grand, nous en ferions un encouragement aux outrages, aux violences, à la corruption, si les époux pouvaient en invoquer le bénéfice sans étaler leurs plaies en public. L'orgueil est le sentiment le plus vivace chez l'homme, c'est lui qu'il faut châtier; capituler avec l'orgueil, c'est perdre le sceptre législatif.

Comment d'ailleurs le jugement pourrait-il rester secret? Le public serait d'autant plus ardent à le connaître qu'on le lui cacherait; les hommes d'affaires commettraient des indiscrétions qu'on dénaturerait; les malins amplifieraient; les cyniques reproduiraient en termes orduriers les expressions décentes et réservées du jugement. Pour sauver les enfants du scandale on les couvrirait de boue! Obscur ouvrier, je retranche d'un trait une innovation dont se montraient fiers les législateurs de 1816! Mais quelle que soit ma témérité, ma main ne tremble pas, car j'ai la conviction profonde que le jugement à huis clos n'aurait que des résultats funestes, tout en violant nos lois les plus sacrées.

La loi ne doit pas créer de règle spéciale pour l'appel; le délai pour les jugements soit interlocutoires, soit définitifs sera, comme dans les contestations ordinaires, de trois mois.

Une solution qui pourrait présenter quelques embarras est celle qui a été donnée par la doctrine et la jurisprudence au sujet du désistement en matière de séparation de corps. On est d'accord sur ce point que l'acquiescement ou le désistement du demandeur seraient valables, la renonciation à son action étant toujours accueillie favorablement; mais on prétend que l'acquiescement au jugement ou le désistement d'un appel déjà formé par le défendeur seraient contraires à la prohibition de toute séparation volontaire.

Je comprends qu'on ne permette pas à l'époux défendeur d'acquiescer au jugement qui le condamne, parce que sa liberté doit être entière pendant le délai d'appel pour faire modifier

une situation anormale, contraire au vœu de la nature, dangereuse pour la société. Mais en quoi l'appel peut-il me lier lorsque je l'aurai formé dans un mouvement de colère? J'ai d'abord voulu déférer cette sentence aux juges supérieurs; plus tard j'ai lu attentivement le jugement, j'ai conféré les témoignages entre eux, je les ai trouvés sincères, et cette sentence qui me frappe, je suis obligé de la reconnaître souverainement équitable; mes conseils affirment que l'appel sera mis à néant; ne serait-ce pas violer ma liberté que de me contraindre aujourd'hui à subir devant la Cour de nouvelles humiliations, à exposer des frais inutiles pour obtenir une confirmation pure et simple? — En annulant toute renonciation anticipée, la loi surveille suffisamment la sincérité des époux. Je n'admettrais pas que le désistement pût être accepté expressément par le demandeur avant l'expiration du délai d'appel; le défendeur pourra se prévaloir de son appel malgré tout désistement; il faut proscrire en un mot *le désistement qui constituerait une renonciation à la faculté de l'appel*, tant que les délais ne sont pas expirés, parce qu'il s'identifie avec l'acquiescement exprès au jugement; mais il me semble injuste de forcer le défendeur à donner suite à un appel qu'il reconnaît téméraire. (L'opinion contraire est sanctionnée cependant par d'imposantes autorités.)

Article 40. Le défendeur pourra poursuivre l'instance en appel, malgré son désistement. Cet acte ne produira d'effet que par l'expiration des délais d'appel, sans qu'il y ait eu poursuite ultérieure.

D'après le droit commun, le jugement par défaut rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué peut être attaqué par la voie de l'opposition jusqu'à l'exécution du jugement. Le délai de l'appel ne court que du jour où l'opposition n'est plus recevable. L'article 17 du projet de loi de 1816 me paraît avoir dérogé à cette règle générale en établissant que l'appel du jugement de séparation rendu par défaut ne serait recevable que pendant trois mois à partir du jour de la signification à partie ou domicile. J'ai eu quelque peine à comprendre les motifs d'une exception défavorable au défendeur défaillant en ce qu'elle supprime une des garanties que donne la loi commune. La seule explication que j'aie pu trouver, l'exposé des motifs étant silencieux sur ce point, c'est que les rédacteurs avaient copié un

peu légèrement l'article 263 du Code Napoléon, relatif au divorce. En effet à l'époque où le Code était promulgué, les anciennes lois de la procédure étaient encore en vigueur, et on sait que les jugements par défaut, comme toutes les autres décisions judiciaires, avaient une durée de trente ans et ne se prescrivaient par suite que par ce laps de temps. La péremption spéciale qui a été établie par le Code de procédure n'était en usage que devant les tribunaux de commerce. Les législateurs du divorce voulurent prévenir les abus qui seraient résultés d'une semblable législation, et ils établirent un délai à partir duquel l'appel ne serait plus recevable contre les jugements par défaut; cela résulte de la discussion au Conseil d'État (Locré, t. V, p. 269). Il faut donc repousser cet article, qui pourrait donner lieu à de graves embarras.

Article 41. On suivra, pour l'appel des jugements interlocutoires et définitifs rendus contradictoirement ou par défaut, les règles du Code de procédure.

C'est avec raison que les rédacteurs du projet de loi de 1816 ont adopté l'article 263 du Code Napoléon, en ce qu'il déclare le pourvoi en cassation suspensif pour tous les jugements de divorce. On opposera peut-être à cette innovation, qui est une exception à un principe général, qu'elle serait plus utilement appliquée aux questions d'état et surtout aux nullités de mariage; mais ici nous n'avons pas à nous préoccuper des améliorations dont les autres parties de la législation seraient susceptibles. De ce que des réformes seraient nécessaires ailleurs, on ne saurait nier que l'intérêt des époux exige qu'on ne les sépare point tant qu'il n'aura pas été statué sur les moyens tirés de la violation de la loi. Sans doute les effets de la séparation ne seraient pas irréparables comme l'étaient ceux d'un jugement qui admettait le divorce, mais il n'en résulte pas moins des dangers réels pour les époux et pour la société. Qu'on n'oublie pas que les droits de l'autorité maritale et paternelle vont recevoir un échec et que la séparation sanctionnée par le fait deviendra peut-être le plus grand obstacle à la réconciliation des époux. Qu'importera après un an ou deux l'arrêt qui casse la séparation de corps, si les droits ont reçu une atteinte, si les intérêts ont été divisés, si les cœurs se sont éloignés sans retour, si l'habitude enfin de la séparation a rendu les époux étrangers l'un à l'autre.

Mais il serait à désirer que pour prévenir les inconvénients de l'effet suspensif du pourvoi, on prît des mesures pour accélérer le jugement des affaires de séparation portées devant la Cour suprême.

Article 42. S'il y a pourvoi en cassation, ce pourvoi aura effet suspensif; il sera jugé d'urgence.

CHAPITRE IV.

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN SÉPARATION DE CORPS.

L'article 272 du Code Napoléon admettait la réconciliation comme fin de non-recevoir contre l'action en divorce, et il a été toujours appliqué sans controverse à la demande en séparation.

La réconciliation ne peut effacer que les griefs dont l'époux offensé avait connaissance, parce qu'elle ne peut exister que par la volonté d'abandonner un droit.

L'époux qui oppose les faits de réconciliation doit les prouver par témoins, par écrit, par l'interrogatoire sur faits et articles et même par le serment décisoire.

La réconciliation fait obstacle à toute demande en séparation de corps. Il faut repousser l'opinion de quelques jurisconsultes et d'un arrêt de la Cour de Rouen du 8 février 1841, suivant laquelle cette fin de non recevoir ne serait pas proposable si la demande était fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante; on objecte que l'époux n'a pu pardonner des torts qui ne le blessaient pas personnellement. N'appelez pas l'oubli de la flétrissure *réconciliation*, mais renonciation, et cet argument purement grammatical tombera. Il y aurait plus d'immoralité à méconnaître cette renonciation, précisément parce que la cause de la condamnation est étrangère à l'époux demandeur. La loi suppose qu'il serait cruel pour lui de vivre avec un être dégradé par un crime, déshonoré par la justice de son pays; mais s'il renonce à ce droit, si plus magnanime que la loi et les hommes il trouve dans les inspirations de son cœur, dans les souvenirs d'une affection heureuse, les élans de la pitié et du pardon, pourquoi ravir à son conjoint le bénéfice de cette générosité? Pourquoi permettre de rétracter sans motifs sérieux une réconciliation d'autant plus sincère qu'elle est intervenue à une époque où le crime était plus récent et où la flétrissure

du condamné devait causer une douleur plus vive à son conjoint?

L'appréciation des faits d'où l'on veut faire résulter la renonciation sera délicate, si elle a été tacite; les magistrats doivent tenir compte de mille circonstances qu'il est impossible d'énumérer. M. Demolombe prévoit plusieurs hypothèses, et dans toutes il arrive à cette conclusion qu'on ne peut *à priori* donner une solution absolue. Aussi n'en formulons-nous aucune en articles de loi.

Y a-t-il un délai quelconque dans lequel la séparation de corps doive être demandée, afin que les faits ne soient pas atteints par la prescription? J'ai résolu implicitement cette question en rejetant les prescriptions annale et triennale que quelques jurisconsultes ont voulu faire prévaloir, sans tenir compte de la distinction qu'il faut faire entre la séparation de corps et une simple action en dommages-intérêts.

L'offense qui a motivé l'irritation de l'un des époux peut être tellement grave, que jamais elle n'ait été pardonnée. Je suppose que pour sauver son nom et ses enfants du scandale un mari ait chassé la femme adultère, celle-ci pourrait-elle après un délai quelconque, de trente ans par exemple, réclamer sa place au foyer qu'elle a souillé, et demander la considération due à l'épouse fidèle? Le refus du mari pourrait-il servir de texte à une demande en séparation de corps? — Le délit d'adultère est couvert par la prescription, mais l'outrage et le déshonneur ne se prescrivent jamais. Il s'agit en effet non d'une déchéance pécuniaire, mais de l'obligation de la vie commune, c'est-à-dire d'un supplice, si la haine divise les époux. L'éloignement est la plus énergique protestation contre une prescription quelconque.

Il n'y a aucun danger de perpétuer l'action ni de surprendre l'époux coupable, car outre que la preuve devra être faite contre lui, le tribunal recherchera s'il n'y a pas eu réconciliation ou si le long silence des époux ne constitue pas une réconciliation. Liberté complète d'appréciation, telle doit être encore la règle des magistrats.

Si après la réconciliation, il survient de nouvelles causes de séparation, celles-ci font revivre les anciennes. Ce sont les principes de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence que nous adoptons complétement, parce qu'ils sont fort sages.

Il faut admettre aussi que l'époux qui aurait échoué dans sa demande parce que les griefs qu'il articulait n'étaient pas assez graves pourrait, si son conjoint se rendait coupable de nouveaux torts, reproduire les faits anciens pour obtenir la séparation. Isolés, ces faits ne pouvaient entraîner la séparation; mais réunis à de nouveaux, ils peuvent leur emprunter ou leur prêter un caractère de gravité plus grand. — Je pense même que le demandeur pourrait invoquer dans cette nouvelle instance des faits qu'il n'avait pas articulé dans sa première requête. L'intérêt de ses enfants avait exigé qu'il ne divulguât pas certains actes honteux; peut-être les avait-il pardonnés; mais puisque de nouvelles offenses effacent la renonciation, il faut lui permettre d'énumérer les preuves de l'ingratitude de son conjoint et de sa propre longanimité.

J'ai repoussé déjà comme fin de non-recevoir la réciprocité des torts des époux et celle qui résulterait d'une manière absolue de la condamnation de tous deux, laissant aux magistrats l'appréciation de leur immoralité.

On doit repousser aussi la fin de non-recevoir que M. Vazeille veut tirer d'une poursuite correctionnelle pour délit d'adultère; car, loin de pardonner, le mari demande à la loi une répression pénale, immédiate, sans attendre celle qu'une juridiction exceptionnelle peut prononcer. C'est d'ailleurs un moyen fort simple aussi d'obtenir la séparation de corps.

La séparation de biens, que la femme aurait obtenue pour sauvegarder ses intérêts pécuniaires, ne doit pas faire obstacle à une demande en séparation de corps pour des griefs antérieurs et connus à cette époque, quoique l'ancienne jurisprudence ait sanctionné l'opinion contraire. — Si la dot est en péril, la femme est sûre de la protéger par la séparation de biens, tandis qu'elle n'est pas certaine de faire triompher sa demande en séparation de corps. Elle peut, d'ailleurs, n'avoir pas réuni encore les preuves des torts qu'elle impute à son mari pour les préciser dans sa requête.

Nous avons dit que les faits de réconciliation seraient proposables même en appel, à cause de la faveur avec laquelle la loi doit accueillir la réunion des époux. On doit supposer que le défendeur n'a différé de se prévaloir des faits de réconciliation qu'il invoque en appel, que parce qu'il n'avait pu s'en procurer la preuve.

J'ai dit accessoirement à une autre question que la péremption d'instance devait éteindre en matière de séparation, non-seulement l'ajournement et tous les actes de procédure qui l'ont suivi, mais encore les tentatives de conciliation faites par les magistrats dans une instruction préliminaire. Ce point de droit étant contesté parce qu'il ferait exception aux règles générales de la péremption, un article spécial sera nécessaire pour le soustraire à la controverse. La loi doit supposer que les magistrats parviendront à concilier les époux qui ont abandonné leur procès pendant trois années.

Il est inutile de dire que les époux qui auraient fait cesser par leur réunion les effets d'un jugement qui les séparait, pourraient former une nouvelle demande s'ils avaient des griefs nouveaux, quelles que soient, d'ailleurs, les formalités exigées par la loi nouvelle relativement à la preuve de leur réunion.

Article 43. L'action en séparation de corps sera éteinte par la réconciliation des époux survenue soit depuis les causes de la séparation, soit depuis la demande.

La preuve de la réconciliation sera proposable même en appel.

Article 44. Le demandeur pourra néanmoins intenter une nouvelle action pour des faits survenus depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciens pour appuyer la nouvelle demande.

Les faits qui n'avaient pas été jugés assez graves pour entraîner la séparation pourront aussi être joints à de nouveaux griefs si une seconde demande est formée.

Article 45. Si le demandeur en séparation nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera la preuve soit par écrit soit par témoins, conformément aux règles du chapitre 3. Le tribunal pourra admettre le défendeur à déférer le serment décisoire, ou recourir lui-même au serment supplétif.

Article 46. La prescription, la demande en séparation de biens faite par la femme, ou des poursuites correctionnelles sur la plainte du demandeur ou à sa requête, ne seront pas considérées comme des fins de non-recevoir contre la demande en séparation de corps.

Article 47. La péremption d'instance anéantira tous les actes de procédure qui ont précédé l'ajournement suivant les prescriptions du chapitre 3.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.

L'effet principal de la séparation de corps est de permettre aux époux d'avoir une habitation séparée. Tous les autres effets que produit la séparation ne sont que la conséquence de celui-là, à l'exception, toutefois, de certaines déchéances que la loi doit prononcer à titre de peine contre l'époux coupable.

Examinons les effets de la séparation de corps sous trois points de vue, relativement 1° aux rapports personnels des époux, 2° à leurs rapports avec leurs enfants, 3° aux conventions matrimoniales et à tous leurs intérêts pécuniaires.

SECTION Ire.

Effets de la séparation de corps relativement aux rapports personnels des époux.

« Lorsque la séparation d'habitation a été prononcée, dit « Pothier, par un jugement dont il n'y a pas d'appel, ou lorsque « sur l'appel le jugement a été confirmé, l'effet de cette sépa- « ration est que la femme est par là déchargée de l'obligation « qu'elle avait contractée par le mariage, de demeurer avec son « mari et de lui rendre le devoir conjugal. Elle a le droit en « conséquence de s'établir où elle voudra un autre domicile « que celui de son mari. »

Faut-il changer la loi actuelle sur ce point, entraver la liberté de la femme qui est complète, sauf le cas où elle aurait des enfants et où elle ne pourrait les emmener en pays étranger pour les soustraire à sa tendresse et à la surveillance de leur père? Il est difficile sur ce point de faire mieux que les anciens; on ne pourrait organiser une surveillance utile sans soumettre la femme à un système d'inquisition qui répugnerait à nos mœurs; mieux vaut la liberté sans limites que l'arbitraire. — Pourquoi, dira-t-on, ne pas imposer à la femme la résidence chez ses père et mère ou chez une parente? Chaînes inutiles. Si la femme est vertueuse, elle se réfugiera elle-même, sans injonction de la justice, dans cet asile naturel; mais si elle veut abuser de sa liberté, rien ne la retiendra dans la résidence qui lui serait assignée.

Lorsque la séparation de corps n'est pas prononcée, les significations concernant la femme lui sont faites au domicile du mari. Dans le cas où elle a été autorisée à résider provisoirement hors de la maison commune, la règle est la même, le mari continuant à exercer tous les droits de la communauté; il n'y a d'exception que pour les significations qui sont relatives à la séparation de corps et qui doivent être faites au domicile réel. Mais la séparation prononcée, le domicile de la femme est distinct, il faut l'assimiler à un mineur émancipé, comme l'a fait un arrêt de la Cour d'Orléans du 25 novembre 1848.

Les époux se doivent encore fidélité; il en résulte que celui qui commettrait adultère postérieurement à la séparation de corps serait passible des peines prononcées par le Code pénal. Mais pour le mari, si l'on ne modifie pas la législation ainsi que je l'ai demandé, c'est là une obligation dépourvue de sanction, car l'absence de la femme fait perdre à son domicile le caractère de *maison commune*, essentiel pour que son infidélité puisse être réprimée.

Je ne chercherai pas à combattre une doctrine qui paraît admise comme incontestable; mais qu'il me soit permis de dénoncer l'immoralité de ses conséquences, à l'appui de la réforme que j'ai sollicitée. *Ce n'est pas la maison commune*, disent les arrêts : mais n'est-ce pas la maison du père de famille, celle où habitent les enfants? Dans quelques jours, la réconciliation des époux ne peut-elle pas rendre à cette demeure la prérogative qu'elle a perdue? N'est-ce pas souiller le souvenir que les enfants conservent de leur mère que de laisser asseoir à la place qu'elle occupait la concubine?

Une question plus grave se présente au sujet de l'adultère; je la résoudrai encore contrairement à nos préjugés. Puisque j'ai commencé une sorte de croisade sur ce sujet, il faut bien que je me montre sans faiblir partout où il y a à combattre.

La loi romaine déclarait l'époux adultère incapable de contracter mariage avec son complice (Novelle 134, ch. 12). Les rédacteurs du Code civil avaient établi la même prohibition pour le cas de divorce. « L'époux adultère, disait M. Treilhard, ne pourra jamais se marier avec son complice; il ne doit pas trouver dans le jugement qui le condamne un titre et un moyen de satisfaire une passion coupable. » Je ne prétends pas avec M. Delvincourt que l'article 298 soit applicable à la séparation

de corps, parce qu'une prohibition de cette nature ne pouvait être étendue hors du cas pour lequel elle a été édictée, surtout la différence entre les deux institutions étant marquée par la dissolution du mariage. Pour le divorce, on espérait que la femme prête à succomber serait retenue par l'idée affreuse qu'elle ne serait jamais la compagne avouée de celui qui l'avait séduite. La perpétuité du lien malgré la séparation de corps est un obstacle entre les deux complices; mais l'adultère ne fait-il pas naître des espérances et des désirs criminels? Ces désirs ne se traduisent-ils pas en attentats? Ouvrez les annales judiciaires, recherchez la cause des crimes qui ont ensanglanté la couche nuptiale; presque toujours vous trouverez le complice de l'adultère assistant au drame funèbre qui doit rendre à l'époux criminel la liberté qui lui est nécessaire pour s'unir à lui. Ce désir, ce crime, vous le trouverez à tous les degrés de l'échelle sociale. Pense-t-on que si la loi prohibait ces liens noués par l'adultère, les crimes de cette nature ne seraient pas moins nombreux? Mais il est, dit-on, de l'intérêt de la morale publique de ne pas mettre obstacle à ce qu'un commerce illégitime se change en union légale! J'abhorre pour ma part ces transactions qui, pour supprimer un scandale, ouvrent la porte aux débordements de l'immoralité et du crime; pourquoi aussi ne pas légitimer les relations incestueuses pour supprimer le scandale? Lorsque l'adultère est constaté par un jugement, toute espérance d'union nouvelle doit être détruite par la loi. C'est là une peine, elle doit prendre place dans le Code pénal et être formulée d'une manière générale, sans privilége pour aucun des époux : *l'époux condamné pour adultère ne pourra jamais se marier avec son complice.*

La loi du 6 décembre 1850, en modifiant la présomption de paternité, a réformé un point de notre législation sur lequel les réclamations les plus vives s'étaient produites, et supprimé un des griefs les plus sérieux contre l'institution de la séparation de corps. Mais dès sa promulgation cette loi a donné lieu à deux interprétations complétement opposées. Un arrêt du 30 juin 1853 de la Cour d'Amiens a déclaré, se fondant sur le rapport de M. Demante au Corps législatif, que la présomption légale de paternité résultant du mariage continue de subsister contre le mari, en sorte que celui-ci se trouve seulement admissible à proposer tous les faits propres à détruire cette présomption. La

Cour de Paris a jugé au contraire, le 18 février 1854, que la présomption de paternité est détruite; il incombe en conséquence à la femme, pour établir la paternité du mari, de prouver qu'il y a eu réunion de fait entre elle et ce dernier. Nous ne reproduirons pas la controverse à laquelle on s'est livré à l'occasion de ces deux arrêts et dans laquelle nous nous étions prononcé énergiquement pour l'interprétation de la Cour de Paris; depuis, un arrêt de la Cour de cassation [1] l'a sanctionnée, et il est à croire que nulle difficulté ne se présentera sur ce point. La loi permet au mari de désavouer l'enfant né à une époque suspecte; tant que le désaveu ne sera pas élevé, la présomption protégera l'enfant; mais le seul fait de le désavouer met à la charge de la femme la preuve d'une réunion. Le délai dans lequel l'action en désaveu doit être intentée, suivant la Cour de cassation, est celui fixé par l'article 316 du Code Napoléon; mais il n'est pas absolu en ce sens qu'il ne court que du jour où le mari a connu la naissance de l'enfant, peu importe d'ailleurs que cette naissance lui ait été cachée. Cette décision est conforme à l'esprit de la loi nouvelle; car le recel, qui est un indice d'adultère, n'est plus nécessaire dès que la date seule de la naissance, rapprochée de celle de la séparation, marque au front l'enfant illégitime. La loi du 6 décembre 1850 doit être refondue dans celle qui réorganiserait complétement la séparation de corps.

Article 48. Lorsque la séparation de corps aura été prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant né trois cents jours depuis le jugement du tribunal rendu aux termes de l'article 30 et moins de cent quatre-vingt jours depuis le rejet de la demande ou depuis la réconciliation. L'action ne sera pas admise si la femme ou l'enfant prouvent qu'il y a eu réunion de fait entre les époux.

Les époux se doivent réciproquement des secours s'ils sont dans le besoin, puisque le mariage n'est point dissous. L'article 301, qui ne permettait qu'à l'époux qui avait obtenu le divorce de réclamer une pension alimentaire ne peut être appliqué à la séparation de corps. C'était une sorte de réparation accordée à l'époux qui était victime de son conjoint, mais non une des obligations nées du mariage, puisque le lien était brisé.

[1] 9 décembre 1857 ch. req.

L'assistance personnelle à laquelle les époux sont tenus est réduite par la séparation de corps en des secours pécuniaires. L'obligation morale de donner des soins à l'époux malade, blessé ou infirme subsiste, mais elle n'est plus sanctionnée par la loi civile. Contraindre les époux à l'assistance personnelle serait rétracter, en quelque sorte, le jugement de séparation de corps. P. BERNARD.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

REMARQUES HISTORIQUES SUR LA CODIFICATION.

Par M. P. A. F. MALAPERT, docteur en droit, avocat à la Cour impériale.

Le recensement des travaux du Corps législatif, dans la session de 1860, constate que DEUX CENTS LOIS ont été votées. — C'est autant d'articles à ajouter au *Bulletin officiel* qui s'est donc enrichi de deux cents lois dans une seule session, sans compter les décrets. Nous avons eu une fois dans notre vie l'occasion de passer en revue l'immense *Bulletin des lois*, pour en extraire tout ce qui se rapportait à notre matière. Nous avons pu apprécier le nombre des redites, la profusion des textes, et nous avons compris que jamais on ne deviendrait capable d'agir, s'il fallait sans cesse prévoir les conflits et affirmer avec certitude l'état de la législation sur un sujet donné. L'étude dont nous parlons remonte à 1847. — Quatorze années ont passé sur notre travail, qui se trouverait accru de vingt-huit volumes de loi générales et de vingt-huit volumes de décrets d'intérêt particulier, s'il fallait le reprendre aujourd'hui. Il y a là de quoi déconcerter les esprits les mieux trempés. — Encore tout n'est-il pas au *Bulletin*. Certains actes officiels ne se trouvent qu'au *Moniteur;* certains autres sont seulement insérés dans des recueils spéciaux, quelques-uns même ont été publiés séparément. Bref, notre législation est un vrai labyrinthe, et nous avons dû réfléchir sur l'histoire de la codification pour nous rendre raison d'un pareil état de choses et y chercher un remède.

Depuis Lycurgue et Solon en Grèce, depuis les Douze Tables à Rome, sans remonter plus haut, bien que Moïse dans le désert, Manou dans les Indes, Orphée en Thrace, Minos en Crète puissent nous servir d'autorités, il semble qu'un des éléments du bonheur des peuples consiste dans la possession d'un Code ou Recueil de lois contenant les règles à suivre dans les rapports des citoyens avec le gouvernement.

Les nécessités sociales ont fait admettre que nul n'est censé ignorer la loi; c'est un principe généralement adopté. Cependant il semble que, pour donner vie à cette idée, il faut avant tout habituer une nation à se considérer comme faisant un seul tout. Jusque-là l'unité des lois peut être désirée, mais son application ne sera pas possible. L'Europe occidentale tout entière a longtemps résisté à cette pensée d'unification. En France, par exemple, les coutumes n'ont disparu qu'après la rédaction du Code Napoléon, c'est-à-dire en 1804. Et cependant Charlemagne, saint Louis, Louis XI, les Valois, Richelieu et Louis XIII trop oublié, Louis XIV, Daguesseau et Louis XV, comme les états généraux de 1789, avaient employé tous leurs efforts pour amener l'unification des lois et la centralisation du gouvernement.

Nous allons rechercher brièvement pourquoi il y avait de si grandes difficultés à la rédaction d'une loi acceptée et obéie par la France entière.

Lorsque les Romains franchirent les Alpes et envahirent la Provence, les Gaules étaient partagées entre trois nations principales : les Belges au nord, les Cimbres au centre, les Aquitains au midi. Ces nations se subdivisaient chacune en un certain nombre de peuplades; ainsi nous trouvons les Séquanes, les Rémois, les Éduens, les Bretons, les Santons, les Arvernes. Ces petits peuples étaient eux-mêmes des confédérations de tribus, et l'on a remarqué qu'il y avait alors à peu près quatre cents de ces tribus éparses sur le sol des Gaules.

Quand César fit sa conquête de sanglante mémoire, il soumit les peuplades diverses aux lois de Rome. Quelques-unes devenaient alliées et conservaient à peu près leur droit politique et administratif; les colonies placées en d'autres lieux étaient de petites images de la métropole; enfin les plus malheureux étaient soumis au bon plaisir du vainqueur. Le sort de tous était réglé par le Sénat dans des sénatus-consultes particuliers

à chaque peuplade. Ces sénatus-consultes ou formules s'occupaient en général des impôts, des milices, des députés aux assemblées générales des Gaules ou de la province et de ses démembrements; nous ne pensons pas qu'ils aient traité du droit privé.

Si les historiens ont en général admis que la dévastation des Gaules par César eut les résultats politiques dont nous avons parlé, nous remarquerons qu'ils n'ont pas assez insisté sur ce que les anciennes coutumes ne furent pas ou presque pas entamées par la conquête.

L'organisation politique pour assurer le recouvrement de l'impôt et le recrutement des milices fut une première division en dix-sept provinces sous l'autorité du vicaire du préfet du prétoire des Gaules. Ce vicaire, préposé au gouvernement des Gaules proprement dites, avait, comme subordonnés immédiats, dix-sept gouverneurs ou recteurs de province, dont certains portaient le titre de consulaires et les autres de présidents.

Les Gaules étaient ensuite partagées en cent quinze cités ou départements, à la tête desquelles étaient autant de présidents ou recteurs de province représentant ce que nous appelons aujourd'hui préfets. Cependant les présidents des provinces joignaient le pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif. Ainsi il y avait pour l'administration, dans le sens où ce mot est entendu aujourd'hui par opposition au pouvoir judiciaire, cent quinze divisions, et c'est ce que nous enseigne la notice de l'empire romain (sorte d'almanach impérial de l'époque) qui nous a été heureusement conservée.

Chaque division de la cité, *pagus*, *villa* ou autre, était soumise à des comtes, *comites*, espèces de sous-préfets veillant pour l'empereur à l'exacte observation des lois politiques ou administratives.

Le titre de comte représentait assez bien ce que nous appelons maître des requêtes ou conseiller d'État en service extraordinaire. Il se généralisa. Tous les recteurs voulurent être compagnons de l'empereur, *comites*, et c'est pour cela que ce titre devint bientôt celui de tous les gouverneurs des cités.

J'ai dit un mot des assemblées générales, *conventus*, qui se tenaient dans les Gaules, habituellement à Lyon, exceptionnellement ailleurs. Un jour j'en parlerai plus longuement en indiquant le mode de nomination des députés, leurs prérogatives

et leurs fonctions. Il ne faut pas insister ici sur cette idée parce qu'elle nous éloignerait de notre sujet. Disons seulement que sous les recteurs, les présidents et les comtes, il y avait des assemblées locales, *curiæ vel senatus*, appelées encore dans la plupart des lieux *commune consilium*, ou simplement *commune*, d'où l'on a tiré plus tard la commune française, cette grande mère de la liberté et des idées de 1789. Ces assemblées locales et les magistrats qui les présidaient appliquaient les anciennes coutumes et les modifiaient quelquefois. N'ayant aucun lien commun quant aux lois civiles, elles conservaient la diversité primitive.

Bientôt arriva la dissolution de l'empire. L'édit du préteur n'avait pas été loi générale des Gaules; cependant les constitutions des empereurs avaient eu la prétention de s'imposer, en toute matière, à tous les citoyens. Peut-être, et à cause de cette prétention, faut-il dire que les Codes Grégorien et Hermogénien furent reçus dans le midi des Gaules, où plus tard le Code Théodosien a eu force de loi. Quoi qu'il en soit, on n'oubliera pas que ces Codes étaient surtout des recueils administratifs plutôt que des recueils de lois civiles. Nous ne nous étonnerons donc pas de voir que les coutumes ont vécu avec eux et leur ont survécu, même après la révision du Code Théodosien par les Wisigoths et la publication des lois propres à ces envahisseurs. En effet, les chefs de ce peuple, exceptionnellement civilisé parmi les peuples barbares, avaient tenté de simplifier la législation de leurs sujets et de donner une loi pour les Gallo-Romains, une loi pour les conquérants. Les vaincus, aidés des Francs, prirent bientôt leur revanche à la bataille de Voulon, près Poitiers, où le camp de Clovis a gardé le nom de Champagné-Saint-Hilaire, *campus pugnæ Sancti-Hilarii;* nom catholique qui rappelle la nature religieuse de la guerre que fit Clovis aux Ariens du midi.

On sait aujourd'hui que les Francs, alliés des évêques et des cités révoltées contre l'empire, furent des hordes soldatesques qui avaient le droit de percevoir des tributs, espèce de solde qui leur avait été concédée. C'est pourquoi les partages du sol français entre les enfants de Clovis et de Clotaire paraissent si singuliers quand on veut y voir des divisions géographiques.

Les Francs des diverses tribus, les Abares, les Burgondes, les Allemands, les Lombards eurent leurs lois particulières,

comme les Wisigoths avaient eu les leurs. C'est un nouvel élément dont il faut tenir compte pour la diversité des coutumes. En effet, dans les cantons où les tribus des Francs et des autres barbares s'établissaient, leurs lois devenaient dominantes et se faisaient coutumes locales.

Les chefs des Francs trouvèrent commode de s'adresser aux fonctionnaires qui étaient en place pour obtenir le payement des subsides qui leur avaient été promis. Ces fonctionnaires n'avaient pour ainsi dire plus de chefs ; Aëtius et Syagrius sont presque les derniers que mentionne l'histoire, quoiqu'un assez long espace les sépare, puisque le premier vainquit Attila dans les plaines de Châlons, tandis que l'autre perdit contre Clovis la bataille de Soissons, et fut réduit à se réfugier près d'Alaric. On peut dire qu'à partir de la bataille de Voulon, toute autorité centrale disparut, et que les comtes et autres représentants de l'administration tendirent à rendre leurs fonctions et leurs prérogatives héréditaires.

Ainsi, pour nous résumer, la diversité des coutumes est antérieure à César; l'hérédité des titres, contemporaine de l'invasion des Gaules par Clovis et ses bandes.

Les Francs semblent donc n'avoir pas pris place dans ce monde de tyrans, qui bientôt constitua la féodalité.

On dit que le roi Clotaire rêva l'unité des lois à laquelle songea de même l'empereur Charlemagne. Nous le croyons sans peine : les recueils de Théodose et de Justinien ont nécessairement ému les monarques intelligents qui ont gouverné la France.

Après Charlemagne, la dissolution de l'empire franc dut empêcher tout retour à cette idée, qui, dit-on, reparut avec saint Louis. Les flatteurs posthumes de ce pieux monarque ont voulu considérer comme une tentative d'unification le livre indigeste que nous connaissons sous le nom d'*Établissements de saint Louis*. Pour tenir un pareil langage, il faut ne pas savoir à quels besoins répondent les lois.

Il est un document beaucoup plus important, et qui aurait dû mieux encore conduire le monde chrétien à l'unité de loi : c'est le livre, *écrit en français*, des *Assises de Jérusalem*. Lorsque les croisés eurent conquis la ville sainte, Godefroid de Bouillon réunit les plus sages de ses compagnons et leur fit rédiger ce Code magnifique. Sans doute l'égalité s'y trouve

blessée comme dans les autres monuments législatifs de l'époque : on y voit en effet le droit des nobles et le droit des bourgeois, la cour du comte et la cour du vicomte. Malgré tout, ce livre est plus intéressant à lire que les constitutions de Minos, de Lycurgue, et que les républiques de Platon ou Cicéron. On y remarque une meilleure entente de la justice. En même temps on sait que les lois qu'on étudie, plus heureuses que celles de Fénelon pour la ville imaginaire de Salente, ont été appliquées en Syrie et dans plusieurs îles de la Méditerranée.

Les ordonnances des rois de France tendirent bientôt à soumettre tout le territoire à l'unité. Avant saint Louis, et depuis la guerre à jamais déplorable connue sous le nom de guerre des Albigeois, on répétait partout : « Un Dieu, un roy, une loy. » C'est ainsi que nous trouvons cette phrase dans une peinture du musée de Cluny, placée dans un ornement emblématique, au-dessus du portrait de Louis XII. Pourtant cette unité prétendue laissait subsister les coutumes; elle n'atteignait pas les rapports des citoyens entre eux, mais avait pour but d'unifier d'abord l'administration et les ressorts politiques. Cependant on désirait simplifier ces coutumes locales, qui, après tout, ne réglaient chacune que quelques points de droit. Les règles des obligations, par exemple, étaient par tout le monde empruntées au droit romain. On n'est pas bien d'accord sur l'époque à laquelle fut ordonnée la première rédaction des coutumes par le pouvoir central. Incontestablement cette rédaction fut au plus tard commencée sous le règne de Charles VIII. Tous les historiens en conviennent. En même temps on est d'accord pour enseigner que Louis XI avait voulu établir l'unité de mesures, de monnaies et de lois dans son royaume.

Les états généraux avaient probablement, dès l'origine, demandé ces grandes réformes. Les ordonnances de Blois de 1499, de Villers-Cotterets de 1539, d'Orléans de 1561, de Moulins de 1566, préparèrent l'unité et la tentèrent en certaines parties, mais ne furent que des essais incomplets. La seconde, plus développée en ce qui touche la procédure, a servi de modèle à celle que Louis XIV a publiée sur le même sujet. Mais aucune ne sut réunir les éléments du droit privé pour en faire un corps de lois. Ces ordonnances avaient pour but de réformer des abus, et elles n'ont pas été au delà. Eu égard à leur but,

nous ne nous étonnerons pas d'y trouver ensemble des règles de procédure, de compétence civile et criminelle; des mesures de police et même des garanties politiques. Ce défaut se voit encore dans l'ordonnance de 1629, connue sous le nom de Code Michaud.

Louis XIV a été plus heureux que ses devanciers en ce que ses conseillers ne tentèrent pas d'embrasser toutes les matières d'un seul coup. Ils essayèrent des codifications partielles et réussirent à faire des œuvres remarquables. Ainsi l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile, celle de 1669 sur les eaux et forêts, de 1670 sur la justice criminelle, de 1673 sur le commerce; de 1681 sur la marine, furent d'admirables préludes à une codification générale.

Louis XV permit à Daguesseau de publier ses ordonnances sur les donations, testaments et substitutions; documents importants dont les principes sont encore pour la plupart nos guides aujourd'hui. Nous citerons du même chancelier les édits relatifs aux actes de l'état civil des personnes. Les principes qu'ils consacrent ont passé sans de grands amendements dans le Code Napoléon; mais en laissant la garde des actes au clergé, l'édit rendait la vie civile impossible pour tous ceux qui n'étaient pas catholiques.

Les états généraux de 1789 suivirent les errements de leurs devanciers. Les électeurs, avant de nommer les députés, avaient rédigé des cahiers où ils leur avaient tracé la ligne de conduite qu'ils devaient suivre. Presque tous demandaient un Code général. Ce Code fut une des grandes préoccupations de l'époque, sans que malheureusement l'Assemblée nationale ait eu le temps de le rédiger. Du moins elle tenta de subvenir aux plus pressants besoins par des lois importantes, véritables Codes des matières qu'elles traitaient.

En suivant les travaux de nos glorieuses assemblées républicaines, et sans tenir compte des actes constitutionnels, nous trouvons le Code pénal de 1791; et la loi en forme d'instruction qui en fut la conséquence, le Code rural, la loi sur les actes de l'état civil, accompagnée de modèles et d'instructions, les lois sur les testaments; la quotité disponible, les successions, le mariage, le Code des délits et de peines de brumaire an IV. Mentionnons encore la loi sur les hypothèques; les lois sur les contributions directes, les contributions indirectes et

les douanes, l'enregistrement, le recrutement de l'armée, sur l'institut et l'éducation publique, et nous aurons faiblement esquissé les grands travaux législatifs de 1789 au 18 brumaire an VIII.

Dans la même période, on s'était beaucoup occupé de la rédaction d'un Code civil réglant les rapports des citoyens entre eux. Les projets se sont succédé rapidement. Nous n'y ferons qu'une remarque, c'est qu'ils présentaient seulement l'ensemble des lois sur les intérêts privés, tandis que le Digeste et le Code de Justinien contenaient les lois politiques et administratives autant que les lois civiles. Il y eut deux projets présentés par Cambacérès à la Convention nationale, le premier à la date du 9 août 1793, le second à la date du 23 fructidor de l'an II. Le 24 prairial an IV, Cambacérès fit un rapport sur un nouveau projet présenté au Corps législatif. Enfin Jacqueminot, au nom d'une commission du Conseil des Cinq-Cents, présenta aussi un projet le 30 frimaire de l'an VIII.

Tout était donc prêt pour la confection d'un Code civil, lorsque le premier consul fit l'arrêté du 24 thermidor de l'an VIII nommant une commission chargée de présenter un projet, qui fut rédigé dans un délai de six semaines, imprimé quatre mois après avoir été demandé. Ce projet fut adressé au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel, dont on demanda les observations. Il fut ensuite discuté, devint loi de l'État par parties séparées, et fut enfin réuni en un seul corps par la loi du 30 ventôse de l'an XII.

Ce Code fut bientôt suivi des Codes de procédure, de commerce, d'instruction criminelle et du Code pénal. Mais ces recueils, et les autres documents législatifs que nous possédons aujourd'hui, forment un grand nombre de volumes, *multorum camelorum onus*, où il est facile de se perdre. Les jurisconsultes essayent de trouver un fil qui les dirige dans les détours de ce labyrinthe; mais il est bien difficile de ne rien oublier et de savoir quels textes sont abrogés ou restent en vigueur.

Beaucoup d'anciens édits et d'anciennes ordonnances avaient survécu à la royauté; beaucoup de lois révolutionnaires demeuraient en vigueur; enfin l'empire lui-même avait fourni une ample récolte de lois et de décrets. Le recueil officiel, notre *Bulletin des lois*, contenait à lui seul un grand nombre de vo-

lumes où les recherches étaient déjà difficiles. C'est pourquoi, le 7 janvier 1813, un avis du Conseil d'État demanda la formation d'une commission chargée de réunir dans des recueils séparés et par ordre de matières les dispositions réputées encore en vigueur. Cette commission fut nommée le 11 mars suivant et composée de MM. Barris, Favard, Zangiacomi et Dupin aîné. Elle n'avait encore rien publié lorsque la Restauration remplaça l'Empire. Cependant elle avait fonctionné et préparé de nombreux travaux dont quelques-uns furent plus tard imprimés par M. Dupin en son nom personnel. Ce jurisconsulte eut soin d'ailleurs d'indiquer l'origine de ses publications qui, commencées en 1817, ont continué jusqu'en 1824.

La Restauration s'occupa de la rédaction d'ordonnances importantes, véritable commentaire de la législation : telles sont l'ordonnance de 1819 sur la gendarmerie, celle de 1824 sur la comptabilité. Ce gouvernement s'occupa encore de compléter la législation. Nous avons entre autres ses lois de 1816 sur les finances, de 1818 sur l'organisation de l'armée, de 1819 sur la presse, de 1826 sur la voirie. Nous citerons aussi le Code forestier et le Code de la pêche fluviale. Mentionnons, mais pour mémoire seulement, les projets sur l'administration départementale et communale.

M. de Peyronnet était un esprit trop pratique pour ne pas sentir le danger que présente la nécessité de fouiller dans cet immense *Bulletin des lois*, où tout le monde peut trouver des armes au profit de toutes les causes. Le 20 août 1824, Louis XVIII rendit une ordonnance prescrivant la formation d'une commission chargée de colliger, de vérifier les arrêtés, décrets et autres décisions réglementaires rendus antérieurement à la Restauration. Cette commission, composée de MM. de Pastoret, Portalis, d'Herbouville, de Martignac, Dudon, Pardessus, Cuvier, Albret, Amy, de Cassini, de Vatimesnil, fut chargée de préparer des projets d'ordonnance pour remplacer les arrêtés et décrets antérieurs à 1815. De 1824 à 1830, cette commission, plus ou moins modifiée, qui avait divisé son travail en dix classes distinctes, avait publié douze cahiers in-quarto sur différentes branches du droit. Malheureusement ces cahiers n'ont pas servi à rédiger les grandes ordonnances réglementaires qu'on en attendait, et la commission, dissoute en 1830, n'a pas été reconstituée. Ajoutons que ses cahiers sont diffi-

ciles à rencontrer : ils ne sont, par exemple, ni à la bibliothèque des avocats ni à celle du Corps législatif.

Le gouvernement de juillet conserva cette double tradition qui consistait à faire des lois en même temps que de grandes ordonnances. Parmi les lois nous citerons : 1° les lois politiques sur les élections aux conseils communaux, d'arrondissement, de département et à la chambre des députés, les lois de 1837 et de 1838 sur l'administration des communes et des départements; — 2° les lois administratives sur les finances, l'instruction publique, le Conseil d'État, les chemins de fer et leur police; — 3° En fait de lois pénales et de juridiction criminelle, nous rappellerons les lois qui ont attribué la connaissance des délits politiques au jury, sur les associations politiques, sur la vente des substances vénéneuses, sur la chasse et surtout la révision des Codes pénal et d'instruction criminelle; heureux travail qui nous a valu les circonstances atténuantes, grâce auxquelles notre législation répressive doit de n'être plus la plus dure de celles qui régissent le monde civilisé.

Dans l'ordre des lois civiles, nous avons les lois sur les irrigations, tentative malheureuse qui a sacrifié d'une manière évidente les intérêts de la petite propriété aux exigences de la grande. En même temps le régime hypothécaire était examiné sous toutes ses faces, et les travaux préparatoires alors réunis et publiés ont permis de donner sous le second Empire les lois sur la transcription, l'ordre et le crédit foncier.

Le gouvernement de juillet toucha aussi au Code de procédure civile et simplifia les formalités suivies dans la saisie des rentes et dans les ventes publiques d'immeubles.

Enfin, dans la législation industrielle et commerciale, nous trouvons la révision du Code de commerce au titre *Des faillites*, les lois sur les brevets d'invention, sur les ventes publiques de marchandises neuves, sur le travail des enfants dans les manufactures. Nous citerons encore les cahiers des charges des chemins de fer qui, approuvés par le Corps législatif, étaient de véritables lois, ou n'étaient que des ordonnances lorsqu'ils étaient rédigés seulement par le ministre, pour être ensuite approuvés et publiés comme des règlements d'administration publique.

Si nous parlions maintenant des ordonnances réglementaires du même temps, nous pourrions citer celles qui sont interve-

nues sur la comptabilité, dans les différents services publics, puis l'ordonnance sur les pensions. Nous ne croyons pas nous tromper en disant que ces ordonnances sont de véritables modèles que l'on devrait suivre en chaque matière, et suivre de telle façon que, si des lacunes venaient à être comblées un jour dans le corps des lois, un décret, fait immédiatement après la loi nouvelle, vînt la coordonner avec les dispositions anciennes.

Mais, après tant d'efforts, l'œuvre de la codification unique, toujours désirée, reste toujours à faire. Nous comprenons très-bien que si la loi d'hier n'a jamais pu suffire aujourd'hui, celle d'aujourd'hui ne sera jamais complète demain. Tout en confessant cette mobilité constante de la législation, mobilité d'où dérivent la nécessité d'un grand nombre de lois et l'impossibilité de créer un Code unique inviolable, nous voudrions que des décrets successivement rendus par le pouvoir exécutif vinssent nous donner l'ensemble de notre législation sur chaque matière. Peu à peu ces décrets statueraient sur tous les cas et sur toutes les hypothèses, et un beau jour, en les classant par ordre, on se trouverait avoir un corps de droit complet, ce recueil toujours demandé et jamais obtenu.

Les préteurs de la république romaine trouvaient, en entrant en fonctions, l'Édit de leurs prédécesseurs. Ils le promulguaient de nouveau, en se bornant à y insérer les modifications dont ils le croyaient susceptible. Le Code conservait ainsi son unité. Nous ne ferons pas de dissertation pour savoir si cet usage est antérieur ou postérieur à la loi Cornelia de l'an 687 de Rome; nous mentionnons seulement que, si les travaux de Servius Sulpicius, ami de Cicéron et d'Ofilius, ami de César, étaient incomplets, l'Édit perpétuel, publié sous Adrien par Servius Julianus, paraît avoir été un recueil de lois complet et méthodique.

Mais l'Édit de Servius Julianus ne fut pas tenu au courant de la législation nouvelle; de là ces nombreuses constitutions qui, codifiées plus tard, nous ont donné les recueils connus sous les noms de Codes Grégorien, Hermogénien, Théodosien ou de Justinien.

Il faudrait donc, après une codification complète, qu'une autorité fût chargée de maintenir l'unité et de la conserver par une coordination perpétuelle des textes nouveaux avec les an-

ciens. Ce devrait être l'œuvre d'une commission placée sous le contrôle du Conseil d'État. Les précédents du 7 janvier 1813 et du 20 août 1824 nous autorisent à solliciter cette mesure. Seulement les anciennes commissions travaillaient pour le ministère de la justice, et leurs œuvres n'avaient pas un caractère suffisamment officiel. — Il faut remarquer, d'ailleurs, que la commission de 1824 ne devait pas s'occuper des lois dans ses publications, mais seulement des arrêtés, règlements et décrets, ce qui était une lacune regrettable. Le Conseil d'État veillerait donc, si notre vœu était écouté, à la bonne rédaction des ordonnances que nous demandons, et aurait soin de les faire préparer complètes. Ce corps, chargé de faire les projets de lois et de décrets, ne peut rien ignorer; il donnerait la preuve irrécusable de son savoir, en montrant que sur chaque question tous les textes lui sont connus. S'il avait dans ses archives un recueil des précédents sur toutes les matières, ses propositions y gagneraient en force et en clarté. En même temps les antinomies seraient moins fréquentes, et nous éprouverions moins d'embarras à expliquer les œuvres législatives.

Ce que nous demandons est dans la tradition de tous les gouvernements réguliers. Il importe peu que tel ou tel mode soit pris pour la formation de la commission que je sollicite; ce qui paraît important, c'est que l'œuvre s'accomplisse. Elle est de jour en jour plus urgente. En effet, les lois actuelles se terminent souvent par un article qui maintient en vigueur toutes les lois qui ne sont pas contraires. Jamais on ne se donne la peine de passer en revue les textes abrogés; d'où il suit que toute loi nouvelle, incomplète en soi, a besoin d'un commentaire.

Enfin, il est certain que depuis 1789 les procès vont tous les jours en décroissant. Ce bienfait est dû à nos recueils de jurisprudence, où l'interprétation des lois est donnée chaque jour au nom des Cours impériales par les arrêts qu'elles rendent.

Les recueils officiels auraient plus d'effet encore; et, sans croire à la réalisation de notre idée, nous avons cru utile de la présenter, sauf aux critiques à la débattre.

P. A. F. MALAPERT.

ÉTUDES SUR LE DROIT CRIMINEL.

(1re SÉRIE.)

QUESTIONS DE DROIT SUR LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE PÉNALE.

Par M. Armand LABROQUÈRE, docteur en droit,
substitut du procureur impérial à Napoléonville (Morbihan).

L'examen des problèmes juridiques que nous devons nous poser et résoudre n'est pas celui d'une vaine théorie; il a surtout un intérêt pratique. Ces problèmes sont agités tous les jours à la barre de nos tribunaux; nous les avons discutés nous-même, en plusieurs rencontres, dans l'exercice de la profession d'avocat.

L'étude spéciale que nous leur avons accordée nous a conduit à constater bien des erreurs dans les solutions de la doctrine et de la jurisprudence. Leur principale cause nous a paru résider dans l'oubli des différences essentielles qui séparent les deux prescriptions civile et criminelle. Aussi, avant d'aborder les difficultés que soulève la prescription en matière pénale, nous éprouvons le besoin d'indiquer d'une façon succincte, mais substantielle, l'esprit de la législation qui la gouverne, les principes fondamentaux qui lui donnent une physionomie particulière, et à l'aide desquels, en se détachant du droit commun, elle se meut dans une sphère qui lui est propre.

Le temps peut-il exercer une influence sur la moralité des actes humains? Non, a répondu Jérémie Bentham : « Il serait odieux, il serait funeste, dit-il [1], de souffrir qu'après un certain temps la scélératesse pût triompher de l'innocence. Point de traité avec les méchants de ce caractère. Que le glaive vengeur reste toujours suspendu sur leur tête. Le spectacle d'un criminel, jouissant en paix du fruit de son crime, protégé par les lois qu'il a violées, est un appât pour les malfaiteurs, un objet de douleur pour les gens de bien, une insulte à la justice et à la morale. Pour sentir toute l'absurdité d'une impunité acquise par le laps de temps, il ne faut que supposer la loi

[1] *Traité de législ. civ. et pén.*, t. II, p. 162.

conçue en ces termes : mais si le voleur, le meurtrier, l'injuste acquéreur du bien d'autrui parviennent à éluder, pendant vingt ans, la vigilance des tribunaux, leur adresse sera récompensée, leur sûreté rétablie, et le fruit de leur crime légitimé entre leurs mains. »

Mais le jurisconsulte anglais a rencontré un vigoureux contradicteur dans M. Niccola Nicolini, avocat général près la Cour suprême de Naples [1]. Il reconnaît que l'opinion de Bentham peut s'abriter derrière les théories de la philosophie et du droit pur, mais il pense que si des hauteurs de la morale on descend dans le domaine des faits, la prescription y trouve une base légitime, aussi légitime qu'en matière civile, et qu'elle mérite de même le nom de *patrona generis humani*.

Elle a sa raison d'être, quand on considère que la sécurité des citoyens ne doit pas être troublée après un temps donné, que les preuves du crime ou des faits justificatifs peuvent dépérir. On peut dire, au point de vue de l'idée de *justice absolue*, que les angoisses, les troubles intérieurs de la conscience du coupable, les tourments d'une vie incertaine et précaire, en face du glaive de la loi suspendu sur sa tête, constituent une peine naturelle adéquate à la peine légale. Au point de vue même du *système utilitaire*, on peut ajouter d'un côté qu'elle arrache le coupable qui se cache à des forfaits nouveaux, en lui inspirant l'espoir que le crime ancien pourra s'oublier; d'un autre côté, que le temps détruit l'efficacité de la peine, qui n'aurait plus d'exemplarité, et qui, aux yeux même de la conscience publique, serait plutôt un acte de rigueur gratuit qu'un acte de justice. — Non, la vindicte publique ne doit pas demeurer irrévocablement armée et agissante. Le temps, ce grand modérateur des choses humaines, doit apaiser les haines publiques aussi bien que les haines privées. Le législateur ne peut pas se montrer plus inexorable que Dieu même; et, à côté du principe salutaire de la répression, il ne craint pas de placer une promesse de pardon et d'oubli.

Voilà bien la base de la prescription, et la notion qu'en ont formulée d'ailleurs M. le comte Réal, au Conseil d'État, dans l'exposé des motifs, séance du 6 décembre 1808, et M. Louvet (de la Somme), dans son rapport au Corps législatif, séance du

[1] *Traité de jurisp. pén.*, Ire part., n° 852.

16 décembre de la même année. — Nous pouvons maintenant aborder les principales difficultés de la matière.

1re QUESTION.

« *L'action civile résultant d'un fait ayant le caractère de crime, délit ou contravention, se prescrit-elle par le même laps de temps que l'action publique, alors qu'elle est exercée séparément de cette action et devant les tribunaux civils?* »

On a soutenu avec beaucoup d'énergie que l'article 637 du Code d'instruction criminelle devait être restreint à l'hypothèse unique où l'action civile était portée devant la juridiction répressive. A l'appui de ce système, on a invoqué les textes : l'article 2262 du Code Napoléon fixe la prescription de toutes les actions à trente ans. Cette règle s'applique également aux actions qui naissent de l'article 1382 du même Code; le texte parle des *délits* et des quasi-délits! Donc, quand on s'étaye sur ce texte législatif pour réclamer la réparation du dommage causé, *pecuniariter agere*, comme dit la loi romaine, c'est la prescription de droit commun qui est applicable. — On a invoqué les principes et l'on a dit qu'il serait étrange que l'individu actionné civilement en réparation du fait dommageable pût s'armer du caractère plus ou moins répréhensible du fait qu'on lui impute, et opposer à la demande dirigée contre lui une prescription plus courte que la prescription ordinaire, par cela seul que ce fait aurait été qualifié délit par la loi, et que pour avoir violé à la fois la loi civile et la loi pénale, il pût se trouver dans une meilleure condition que s'il avait violé la loi civile seulement [1].

A ce système nous répondons avec succès et par les textes et par les principes, pour soutenir que l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, même quand elle est intentée devant les tribunaux civils.

1° Par les textes? — En disposant aux articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle que l'action publique et l'action civile s'éteindraient par le même laps de temps, la loi n'a pas entendu parler seulement de l'action civile qui serait intentée devant les tribunaux répressifs, car elle eût pris soin de dire une chose parfaitement inutile : le juge de répression ne pou-

[1] Delhne, *Philosophie du droit*, t. II, p. 705.

vant être saisi d'une demande indemnitaire par une action intentée isolément, mais seulement à titre d'accessoire d'une poursuite criminelle, à laquelle elle vient comme se greffer (art. 3 C. inst. crim.), il est bien évident que l'action civile ne saurait être recevable en aucun cas devant cette juridiction, alors que l'action criminelle se trouve éteinte. Il suit de là que la loi a eu particulièrement en vue l'action indemnitaire qui serait intentée devant la juridiction civile. — D'un autre côté, le législateur suppose que l'action civile peut être exercée séparément, puisque l'article 2 du Code d'instruction criminelle fait allusion au cas où elle serait dirigée contre les représentants du prévenu, et, dans une semblable hypothèse, ce serait la juridiction ordinaire qui seule pourrait être saisie. Cependant aucune distinction n'a été introduite, et c'est toujours le principe posé dans l'article 638 qui doit recevoir son application.

2° Par les principes? — La considération tirée du dépérissement des preuves est la principale qui ait servi de base à la prescription. Ce qui le prouve, c'est que toutes les fois qu'il est fait un acte de poursuite, la prescription est interrompue même à l'égard des individus qui ne sont pas impliqués dans cet acte. Or cette considération est la même pour l'action civile que pour l'action publique. La preuve testimoniale est le plus souvent la ressource unique pour établir les obligations dérivant des faits criminels. A un certain moment, la loi suppose que la défense et l'accusation peuvent être également impossibles. Désespérant de découvrir la vérité, elle accepte comme expiation les angoisses du coupable, et couvre sa conduite d'un voile qu'il n'est plus permis de soulever. Il est logique qu'elle défende à la partie civile de lever ce voile devant les tribunaux civils pour déshonorer celui qui ne peut plus se défendre. Et si la flétrissure morale résultant d'une condamnation civile pour un crime ou un délit est moins grande que la flétrissure résultant d'une condamnation pénale proprement dite, elle est néanmoins assez grave pour que le législateur n'ait pas voulu exposer à la subir celui qui serait peut-être innocent.

3° L'article 642 du Code d'instruction criminelle fournit une dernière preuve à cette thèse. Cet article déclare que les condamnations civiles portées par les arrêts ou jugements rendus en matière criminelle, correctionnelle ou de police, et devenus irrévocables, se prescriront d'après les règles établies par le

Code Napoléon. Si le législateur eût voulu établir aussi une différence entre la prescription de l'action civile et celle de l'action sociale, il s'en serait expliqué clairement, comme en ce qui concerne la prescription des condamnations.

Ces principes sont ceux qui avaient fini par prévaloir dans l'ancien droit français. Jousse l'atteste (t. I, p. 600) et rapporte que lors de l'arrêt du parlement de Paris de l'année 1600, le premier président avertit les avocats de ne plus douter de cette maxime. Ils n'étaient repoussés que par les parlements de Franche-Comté, de Dauphiné et de Bourgogne. Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (art. 9 et 10) les avait adoptés d'une manière formelle. Nous sommes disposé à croire que le Code d'instruction criminelle de 1808 n'a pas entendu déroger à ces traditions.

Néanmoins notre décision n'est pas absolue, et nous ferons volontiers trois précisions :

a) — Le défendeur ne peut pas devant les tribunaux civils solliciter le bénéfice de la prescription établie par les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, toutes les fois que la criminalité de l'acte ne résulte pas des faits coarctés et caractérisés dans l'exploit introductif d'instance, parce qu'il ne doit pas être admis à prétendre que le fait qui sert de fondement à l'action constitue un crime ou un délit : ***nemo auditur turpitudinem suam allegans.*** Supposons qu'il s'agisse d'un incendie, et que la partie lésée, s'attachant au fait matériel de l'incendie, poursuive contre l'auteur la réparation du préjudice causé douze ou quinze ans après l'événement. Étant bien reconnu que, d'après les termes de sa demande, l'incendie n'est présenté que comme un fait dommageable, dépouillé du caractère criminel, le défendeur ne sera pas recevable à soutenir qu'il a commis une faute beaucoup plus grave que celle qui lui est reprochée, pour en conclure que le temps de la prescription abrégée est accompli à son égard.

b) — La prescription criminelle ne pourra pas être invoquée si l'action civile ne trouve pas son unique fondement dans le fait incriminé; la prescription trentenaire est applicable lorsque le fait délictueux constitue en même temps une infraction à un ***contrat qui lui est préexistant.*** Ainsi l'article 408 du Code pénal prévoit et punit l'abus de confiance résultant de la violation d'un dépôt; l'article 169 du même Code punit les comptables et

dépositaires publics qui soustraient les deniers qui leur sont confiés. Antérieurement à la violation du dépôt, au vol des deniers confiés au comptable, il existait un contrat de droit civil, formé par l'acceptation ou la perception des choses reçues. C'est dire qu'il faut distinguer deux actions, l'action *ex delicto*, et l'action *ex contractu*, à laquelle il faudra appliquer les règles du droit commun, autrement dit la prescription trentenaire, lorsqu'elle sera intentée séparément. — Ainsi encore le détournement, de la part de l'inventeur d'un trésor, de la moitié de la valeur qui appartient au propriétaire, donne naissance et à une action *furti*, basée sur l'article 401 du Code pénal, pouvant être prescrite par le laps de trois années, et à une action *quasi ex contractu*, fondée sur l'article 716 du Code Napoléon, à laquelle on appliquera l'article 2262 du même Code.

c) — Nous inclinons à croire que lorsque l'action publique a été jugée, sans que l'action civile ait été engagée, cette dernière action n'est plus soumise qu'à la prescription ordinaire.

Notre sentiment heurte la doctrine de plusieurs auteurs recommandables, tels que Mangin (n° 355), Trébutien (t. II, p. 161), Vazeille (n° 595), et la jurisprudence des tribunaux (*Vide* cassation, 3 août 1841, et sur renvoi Lyon, chambres réunies, 17 juin 1842; — cassation, 6 mars 1855, Dalloz, 55, 1, 84).

L'objection est celle-ci : lorsque le législateur a voulu que la partie civile ne fût soumise qu'à la prescription de droit commun, la loi criminelle en a présenté la déclaration expresse dans l'article 642, qui dispose que les condamnations civiles portées par les arrêts ou jugements rendus en matière criminelle se prescrivent d'après les règles du Code Napoléon. — L'arrêt ou le jugement sont comme des titres authentiques dont l'exécution peut être poursuivie pendant trente ans, et par les voies purement civiles, et il ne peut y avoir alors nécessité de se livrer à un examen et à une discussion auxquels la loi a voulu mettre un terme après dix ans d'inaction et de silence; l'arrêt sur l'action publique ne peut avoir pour l'objet sur lequel il n'a point statué plus d'effet que les actes d'instruction et de poursuite dont parle l'article 637.

Nous répondons : interpréter de la sorte l'article 642, c'est abuser de l'adage banal *qui dicit de uno, de altero negat*, et

répudier la raison de la loi, pour s'attacher à un commentaire exclusivement littéral. — Dans notre hypothèse même, le jugement intervenu sur l'action publique est au regard de l'action civile plus qu'un acte interruptif; il est un titre. Le demandeur en dommages-intérêts a été représenté par le ministère public, dont l'action poursuivie au nom de la société profite à tous ceux qui sont intéressés à la constatation du fait incriminé, en sorte que le jugement intervenu sur cette action est une vérité publique dont chacun peut se prévaloir et que nul n'est admis à contester. Le ministère du juge, saisi de l'action civile, se réduit à la simple appréciation du préjudice causé. — Il n'y a plus à rechercher les preuves du fait, à établir que la personne à qui des dommages sont demandés est l'auteur de ce fait, parce que sur ces deux points le jugement de condamnation est revêtu de l'autorité de la chose souverainement jugée. — Serait-il donc raisonnable, et cet argument est décisif et péremptoire, qu'une personne, dont la culpabilité se trouve légalement attestée par un jugement criminel, pût exciper d'une prescription basée principalement sur la difficulté de rapporter des preuves suffisantes de l'infraction?

2e QUESTION.

« *Doit-on, pour la détermination du temps, se fonder sur le titre de la poursuite, sur la qualification légale du fait constaté, ou sur la nature de la peine dont il amène l'application?* »

Il est évident d'abord que la qualification basée sur le titre de la poursuite ne peut être prise en aucune considération. On ne peut rendre l'accusé responsable de l'erreur commise par le ministère public ou par les juridictions d'instruction. Encore bien donc que la juridiction criminelle ait été saisie, si la déclaration du jury a dépouillé le fait des circonstances élémentaires ou constitutives du crime, on doit appliquer les règles de la prescription en matière correctionnelle.

Mais plaçons-nous dans la double hypothèse des articles 67 et 463 du Code pénal : par suite d'une *excuse* ou du bénéfice des *circonstances atténuantes*, le fait qualifié crime est réduit aux proportions d'un fait susceptible d'entraîner seulement une peine correctionnelle; la prescription devra-t-elle se régler d'après la *nature de la peine* qui aura été appliquée, ou

d'après la *nature de l'infraction*, abstraction faite des circonstances qui ont donné lieu à la réduction de la peine?

Nous n'hésitons pas à décider que la prescription doit se régler d'après la *nature de la peine*. Notre opinion a rencontré et rencontrera, nous le savons, bien des contradicteurs. Appuyée seulement par M. Faustin Hélie (t. III, p. 689), elle est opposée à une jurisprudence unanime et constante (*Vide* Angers, 3 décembre 1849, Sirey, 50, 2, 289; cassation, 17 janvier 1833, 18 avril 1834, 30 mai 1839, 1er mars 1855, Dalloz, 55, 1, 192). Mais elle nous paraît s'harmoniser avec l'esprit et le texte de la loi, avec les principes de la matière. Essayons de le justifier :

1° C'est d'après la nature de la peine que le législateur définit le crime, le délit et la contravention. L'article 1er du Code pénal est ainsi conçu : l'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention; l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit; l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. Tel est le système général, telle est l'économie de nos lois pénales. Le législateur de 1832 le comprit si bien qu'il changea la rédaction donnée par le législateur de 1810 à l'article 56 du Code pénal, en substituant aux mots *condamné pour crime* les mots *condamné à une peine afflictive ou infamante.*

2° De plus il est de principe, en droit pénal, que la peine se détermine d'après le degré de culpabilité, et que deux éléments concourent à former un crime : l'élément *matériel* et l'élément *moral*, qui réside dans l'intention criminelle. Or si cette intention n'a pas été entachée d'une perversité profonde, l'un des éléments du crime se trouve modifié, et la peine abaissée proclame cette modification. L'atténuation ne peut donc modifier la peine qu'en modifiant le caractère du fait.

3° Bien mieux, il existe dans le système du Code d'instruction une corrélation intime entre la prescription des actions et les peines dont les faits sont punissables. Les délais pour prescrire ont été établis en raison de la gravité de ces peines, parce que le législateur a considéré ces délais comme constituant par eux-mêmes un châtiment aussi rigoureux que celui que la loi pénale prononçait. Dès lors lorsqu'un fait, par suite d'une excuse ou du bénéfice des circonstances atténuantes, ne mérite

qu'une peine correctionnelle, le prévenu est fondé à se prévaloir de la prescription déterminée pour les délits. Il a déjà aux yeux de la loi expié suffisamment son méfait, et lui enlever ce droit, ce serait lui faire subir une seconde expiation pour la même infraction, c'est-à-dire violer ouvertement la maxime *non bis in idem*.

4° N'y aurait-il pas, d'ailleurs, une étrange contradiction à punir un fait comme un simple délit, et à invoquer contre ce fait la prescription qui ne s'applique qu'aux crimes? à déclarer la qualification tantôt dépendante, tantôt indépendante de la peine? Le vœu de l'article 637, qui exige pour l'application de la prescription décennale que le fait emporte peine afflictive ou infamante, est-il rempli quand ce fait ne donne lieu qu'à une peine correctionnelle?

3e QUESTION.

« *Pour qu'un acte d'instruction ou de poursuite soit interruptif de la prescription, faut-il qu'il intervienne dans les dix années qui suivent le crime ou dans les trois années qui suivent le délit?* »

En matière civile, on peut par des actes successifs perpétuer ou prolonger indéfiniment la durée des actions. Mais est-il bien vrai que les principes soient les mêmes en matière criminelle, autrement dit que tout acte d'instruction ou de poursuite, posé même plus de vingt ans après le crime, ou de six ans après le délit, soit capable d'interrompre la prescription, pourvu qu'il ne soit séparé des actes antérieurs que par un intervalle de moins de dix ou de six ans?

Tous les criminalistes français ont entendu dans ce sens la disposition de l'article 637 du Code d'instruction criminelle. Nous ne pouvons adopter leur doctrine, et nous nous rangeons à l'opinion qu'a émise M. Cousturier [1]. Dans notre sentiment, les actes interruptifs doivent être posés dans les dix ou trois années à partir de la perpétration du crime ou du délit. Peut-on penser, en effet, dit le jurisconsulte belge, que le législateur ait fourni à la vindicte publique le moyen de se tenir irrévocablement armée et agissante, qu'il n'ait tenu aucun compte des

[1] Cousturier, vice-président du tribunal de Tongres, *Traité de la Prescription*; Paris, 1849, n° 18, p. 19.

agitations et des angoisses intérieures que la crainte des poursuites fait éprouver, du dépérissement des preuves?

Tel était le système du Code du 3 brumaire an IV. Aux termes de son article 10, les poursuites commencées dans l'intervalle des trois premières années avaient toujours pour effet de porter à six ans le délai de la prescription. Il fixait à six ans l'extrême limite des actions. Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ont voulu que les actes d'instruction ou de poursuite *faits dans l'intervalle de dix ou trois années*, qui ont immédiatement suivi le crime ou le délit, servissent de point de départ à une nouvelle prescription de même durée; mais ils n'ont pas eu l'intention d'attribuer cet effet interruptif aux actes faits *après cet intervalle*, et qui ne seraient séparés d'un acte antérieur que par un espace de moins de dix ou trois ans. Ils ont voulu fixer à vingt et à six années l'extrême limite des actions.

Bien mieux, notre interprétation qui s'accorde si bien avec le système consacré par la législation antérieure et avec la raison de la loi actuelle, s'harmonise parfaitement aussi avec sa lettre : *s'il a été fait dans cet intervalle* des actes d'instruction (art. 637). La loi ne confère donc pas ce pouvoir interruptif aux *actes faits après* cet intervalle, parce qu'elle a voulu que l'action criminelle se trouvât toujours éteinte après un laps de vingt ans. Nous le répétons, notre solution peut seule assurer les effets salutaires attachés à la prescription, et ce n'est qu'à cette condition que le conseiller d'État Réal a pu dire, avec vérité, qu'*ainsi améliorée*, la prescription a été rendue à toute sa bienfaisante influence, et qu'elle protégé l'état, l'honneur et la vie des hommes.

4e QUESTION.

« L'action intentée par la partie lésée est-elle interruptive en faveur du ministère public? »

L'affirmative nous paraît incontestable; nous admettons *l'indivisibilité* des deux actions et l'appui mutuel qu'elles se prêtent par rapport à la prescription. Cette règle, qui admet leur pouvoir interruptif réciproque, était consacrée par l'article 10 du Code de brumaire, et si le législateur de 1808 eût voulu l'abroger, il ne se serait pas exprimé comme il l'a fait dans

l'article 637. Notre opinion, qui est adoptée par M. Van-Hoorebeke [1], vient s'abriter derrière celle du savant Merlin, qui, étant l'auteur du Code de brumaire, et ayant pris une part active aux délibérations du Conseil d'État sur le chapitre relatif à la prescription, a été mieux à même que personne d'apprécier les changements apportés en 1808 aux principes alors en vigueur [2].

Quelques docteurs ont soutenu que le droit de poursuivre les crimes, les délits, les contraventions, et de formaliser des procédures aux fins de leur répression, n'appartient qu'aux fonctionnaires publics préposés à cet effet, et qu'on ne peut assimiler à leurs actes les actes faits par la partie privée. Nous répondons avec succès que la loi n'a pas distingué (art. 637) et qu'elle ne pouvait pas distinguer, car sa restriction eût conduit à ce résultat bizarre que les actes de poursuite faits par la partie lésée n'interrompraient pas même le cours de la prescription de l'action civile, car l'article 637 s'occupe de la prescription de l'une et de l'autre action.

L'interruption d'ailleurs est fondée sur cette idée que la présomption du dépérissement des preuves s'évanouit en présence des actes d'instruction et de poursuite, qui font supposer que des preuves ont été recueillies, soit qu'ils émanent de la partie publique, soit qu'ils émanent de la partie lésée. Cette présomption s'efface encore davantage lorsque cette dernière s'isole pour exercer son action et prend la voie civile. Elle ne se décide, en effet, à agir seule que lorsqu'elle se voit nantie d'assez de preuves pour oser espérer qu'elle parviendra à constater le délit et à convaincre son auteur.

Si les poursuites de la partie lésée n'interrompaient pas la prescription de l'action publique, l'action civile pourrait survivre à cette dernière. Or, nous le demandons, est-ce là le but de la loi? Poser la question, c'est la résoudre.

Nous sommes conséquent avec la doctrine que nous avons émise, en décidant que la prescription criminelle peut être invoquée, alors même que l'action indemnitaire est intentée devant la juridiction civile (V. la 1re question). Nous ne pou-

[1] Van-Hoorebeke, avocat, professeur agrégé à l'Université de Bruxelles, *Traité des prescriptions*; Paris, 1852, p. 226 et suiv.

[2] *Vide* son remarquable réquisitoire dans la cause Hartog Heyman, Rép., v° *Prescr.*, sect. 3, § 7, art 4.

vons donc pas ne pas répudier la distinction d'après laquelle cette action serait soumise, quant aux délais de prescription, aux dispositions du Code d'instruction criminelle, et quant à l'interruption, aux règles du Code Napoléon. Cet amalgame des règles des deux Codes répugne à la raison et aux principes. En matière pénale, l'interruption n'admet pas, comme en matière civile, l'application de la maxime *à persona ad personam non fit interruptio;* elle est *in rem*, elle agit d'une façon absolue.

5e QUESTION.

« *Peut-on, pour constituer le délit d'usure, rattacher à un fait nouveau, mais isolé, des faits usuraires antérieurs de plus de trois années à la poursuite dont le fait nouveau est l'objet?* »

En faveur de l'affirmative, on peut dire : l'action publique ne pouvant s'exercer qu'à dater du moment où le délit d'usure résulte de la réunion de faits particuliers, la prescription ne peut commencer à courir que de ce moment; les faits usuraires isolés ne constituant plus de délits ne pouvaient être prescrits, car l'idée de prescription est corrélative à celle de délit et à celle d'action publique; de plus, la loi remet cette appréciation à l'arbitraire du juge; la liberté d'appréciation du magistrat étant souveraine lorsqu'elle s'applique aux faits incriminés, doit rester la même lorsqu'il s'agit du temps pendant lequel les délits se sont accomplis.

Malgré ces raisons de douter, dont nous ne saurions méconnaître la valeur, la négative nous paraît préférable. La doctrine contraire, en effet, ne mène à rien moins qu'à déclarer le délit d'habitude d'usure imprescriptible. Où puiser cependant la raison d'une dérogation aussi grave à la règle générale et protectrice de la prescription? Ce n'est pas dans la nature du délit qui est sans doute complexe ou collectif, mais non un délit permanent ou successif. C'est parce que chacun des éléments du délit renferme quelque chose d'illicite que leur ensemble est punissable; la preuve c'est que la peine, c'est-à-dire l'amende se calculera sur le montant de toutes les sommes prêtées. Chacun des faits générateurs du délit a donc le droit de s'abriter derrière la prescription, les incertitudes et le caractère périssable des preuves. Les obscurités dont le temps les couvre nécessairement sont autant de motifs qui autorisent l'invocation pour tous du principe salutaire de la prescription.

— A ces considérations nous pouvons ajouter un argument qui se tire de l'article 6 de la loi du 19 décembre 1850. En décidant, en effet, qu'après une première condamnation pour habitude d'usure, le nouveau délit constitutif de la récidive pourra résulter d'un fait postérieur même unique, s'il s'est accompli dans les cinq ans de la première condamnation, la loi n'a-t-elle pas dit clairement qu'elle n'entendait pas éterniser la recherche du délit?

6e QUESTION.

« *La maxime* contra non valentem agere non currit præscriptio *peut-elle être invoquée en matière criminelle? Peut-il y avoir* suspension *de la prescription?*

Il est de principe que la prescription commence et suit son cours quoique le délit demeure caché, bien que les auteurs n'en soient pas connus, et lors même que des événements opposent un *obstacle de fait* à toute poursuite. Il est certain notamment que la prescription est acquise à l'accusé en démence, au bout du délai fixé, quoique cette démence mette obstacle à toute poursuite de la part du ministère public, et qu'elle n'est pas suspendue par l'état de minorité. La raison en est que la prescription de l'action repose, en droit pénal, sur la présomption légale que les preuves du crime ou celles de l'innocence ont dû dépérir. Or, la démence et la minorité de l'accusé ne sont pas un obstacle au dépérissement des preuves. Le motif qui a servi de raison d'être à la prescription subsiste donc dans toute sa force.

Mais y a-t-il *suspension* de la prescription lorsque les poursuites sont arrêtées par un *obstacle légal?* Nous distinguons la prescription en matière de *crimes et de délits*, et la prescription en matière de *contraventions*.

1° — Lorsque l'action est mise en mouvement à raison d'un crime ou d'un délit, nous n'hésitons pas à décider qu'un *obstacle* même *légal* ne peut jamais être une cause de *suspension* de la prescription.

a) — Ainsi lorsque le juge de répression, accueillant une *question préjudicielle*, a sursis jusqu'après le jugement de l'autorité administrative compétente, il y a plus que *suspension*, il y a *interruption* de prescription, car il y a eu un acte d'instruction ou de poursuite tendant à un jugement;

b) — La demande de l'*autorisation* exigée par l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, afin de poursuivre certains fonctionnaires publics, tend à un jugement; elle est un acte de poursuite, c'est-à-dire *interruptive* de la prescription;

c) — Nous ne pouvons pas admettre l'opinion de ceux qui enseignent que le *concours des crimes et délits* est une cause de *suspension*, et c'est à tort qu'on a décidé que lorsqu'un individu est inculpé tout à la fois d'un crime et d'un délit, la condamnation prononcée contre lui par contumace, à raison du crime, *suspend* le cours de la prescription du délit, jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur le crime. Est-il bien vrai, en effet, que la loi s'oppose à ce que des poursuites correctionnelles aient lieu tant qu'il n'a pas été statué sur le crime? Nous ne saurions le croire; si la loi prohibe le cumul des peines, elle n'interdit pas le cumul des poursuites. Il n'y a donc pour le ministère public aucune impossibilité légale d'action. On ne rencontre aucune disposition qui édicte une pareille défense. M. Mangin (n^os^ 455-458) invoque vainement l'article 379 du Code d'instruction criminelle, et fait d'inutiles efforts pour l'en faire découler. Tout ce que la raison permet d'induire de cette disposition, c'est que la Cour d'assises n'a pas le pouvoir d'ordonner des poursuites. — La loi n'impose donc pas l'obligation de surseoir à la poursuite des délits moins graves; nous ajoutons qu'elle n'aurait pu l'imposer sans blesser des intérêts légitimes. Supposons, en effet, que le prévenu ait des complices en état d'arrestation; pourrait-on, sans prolonger injustement leur détention, surseoir au jugement de l'affaire qui les concerne, en considération de la poursuite particulière qui serait dirigée contre lui, à raison d'un fait plus grave qu'il aurait commis seul?

2° — Nous admettons volontiers que les obstacles apportés par la loi à l'exercice de l'action sont en matière de *contraventions* des causes de *suspension* de prescription. Pourquoi? parce que les actes de poursuite ne produisent pas en cette matière un effet interruptif; il y a suspension, parce qu'il n'y a pas interruption.

ARMAND LABROQUÈRE.

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

OU EXPLICATION DE LA LOI DU 23 MARS 1855,

Et des dispositions du Code Napoléon relatives a la transcription des donations et substitutions, par M. Flandin, conseiller à la Cour impériale de Paris; tome I. (Cosse et Marchal, éditeurs.)

Compte rendu par M. Ancelot,
docteur en droit, premier avocat général à la Cour impériale de Riom.

Deux phénomènes opposés se produisent depuis quelque temps dans la France juridique. D'un côté, un large développement de la science au souffle de la docte Allemagne; la philosophie et l'histoire agrandissant le droit par leur alliance; un riche et habile enseignement; des thèses d'école d'une précocité surprenante, de savantes *Revues*, de nombreux commentaires où la théorie s'épanouit en mille applications pour répondre aux nécessités du temps. D'autre part, il faut bien le redire après tant d'autres, une regrettable tendance du Palais au délaissement de la science comme d'une pompeuse mais inutile parure; la confiance de plus en plus répandue qu'il suffit pour les affaires de l'expérience et du bon sens; d'où un sensible appauvrissement des discussions et des motifs de décision, et (ce qui est bien plus fâcheux) la versatilité des solutions demandées quelquefois moins à l'étude approfondie de la loi, qu'aux inspirations variables de cette *équité arbitraire* si bien peinte et flagellée par d'Aguesseau à une époque où l'absence de codification la rendait plus excusable, et où cependant elle était moins dominante[1]. Il faut donc honorer d'autant plus les magistrats qui opposent à ce courant trop facile à suivre la courageuse protestation de l'exemple. Leurs noms ou glorieux ou dignes d'hommages sont dans toutes les mémoires. Pour ne parler que des nouveaux venus, rappelons M. le président Larombières sillonnant une fois de plus, en

[1] V. Mercuriale sur *l'autorité du magistrat ou sa soumission à l'autorité de la loi.*

tous les sens, le vaste champ des *obligations;* M. le conseiller Bonnet fouillant dans tous ses replis la matière si ardue des donations matrimoniales [1]. Aujourd'hui c'est un conseiller à la Cour de Paris, M. Flandin, qui, marchant sur les traces d'un éminent collègue à cette Cour, consacre ses laborieuses veilles à l'interprétation du droit civil dans une de ses branches les plus épineuses : *les priviléges et les hypothèques.* Ces deux volumes que nous annonçons sont *détachés*, dit l'auteur, de ce traité qui paraîtra prochainement, si ce *premier essai reçoit du public un favorable accueil.* Cette modestie est déjà d'un bon augure avant tout examen du livre actuellement publié.

Dans l'*avant-propos*, l'auteur s'attaque précisément à cet *injuste dédain des études juridiques* que nous avons osé signaler, et rappelle ce mot fameux : *Dieu nous garde de l'équité du Parlement!* Mais il ne se gardera pas moins, nous assure-t-il, de cette *métaphysique obscure qui se perd dans les abstractions.* C'est dans la langue et le pays de Domat et de Pothier qu'il écrit; c'est pour venir en aide à la grande œuvre de la justice. Sa philosophie ne sera donc pas autre que cette philosophie pratique si admirablement définie par Ulpien [2], et encore épurée par le sentiment chrétien.

De ces prolégomènes spéculatifs nous passons à d'autres qui ont pour titre : *Résumé historique sur la transcription.* L'auteur remonte à sa première source qui réside dans le goût des peuples jeunes pour les solennités représentatives ou symboliques. Toute procédure et tout contrat sont alors un drame qui matérialise l'intention des acteurs. Mais il convenait seulement de jeter un rapide coup d'œil sur ces antiquités du droit, si savamment explorées de nos jours. M. Flandin se hâte donc d'arriver aux formalités de *vest et devest, saisine et dessaisine* qu'exigeaient les coutumes dites *de nantissement* pour la transmission ou la constitution des droits réels. Ici encore il marchait dans la voie d'illustres devanciers. Aussi les indique-t-il lui-même comme ses guides. Il en est un pourtant qu'il semble n'avoir pas interrogé : M. Chassan, qui, dans son opulente *Symbolique du droit,* a mis si vivement en lumière ces origines légales [3]. Il

[1] V. notre Compte rendu dans cette *Revue*, nov. 1859 et oct. 1860.

[2] L. 1, Dig., *De justitiâ et jure*, § 1.

[3] L. 1, chap. 11 et note *n*.

donne, par exemple, un relief particulier à la différence de l'*investiture et de la tradition* ou de la *saisine de droit* et de la *saisine de fait*, comme aussi à la distinction moins connue de l'*investiture* affectée en propre aux biens féodaux et du *vest et devest* qui ne s'appliquait qu'aux biens de roture. Mais l'important était de montrer la filiation historique des institutions dans l'analogie sensible des effets de ces vieilles pratiques avec la transcription d'aujourd'hui. C'est ce que fait encore l'auteur en signalant l'*appropriance* de la Bretagne, et les édits de 1581, 1673, 1771, pour arriver à la période révolutionnaire et aboutir enfin à la loi du 23 mars 1855.

Mais ce n'était pas assez de reporter son regard en arrière, il fallait aussi l'étendre sur les législations des peuples qui nous touchent. La circulation des idées est telle aujourd'hui en Europe, que chacun de nous appartient, pour ainsi dire, à deux patries : par le cœur et les intérêts, à la patrie maternelle; par l'esprit, à la patrie générale. C'est ainsi que dans la vaste étendue du monde romain on distinguait deux patries : la véritable, qui était Rome, et la seconde, qui était dans un municipe. Toutefois, l'auteur se borne à présenter une esquisse du système allemand d'*intabulation*, qui ouvre pour ainsi dire un compte actif ou passif à chaque fonds sur un livre terrier, et permet d'en suivre sans effort toutes les vicissitudes d'aliénation ou d'affectation. Rien de plus séduisant en théorie, mais aussi rien de plus impraticable dans un pays comme la France, où le morcellement de la propriété est poussé si loin. M. Flandin le reconnaît; mais il a des vœux plus modestes. Il voudrait seulement que l'on parvînt, comme moyen de contrôle, à *rattacher au cadastre nos registres de transcription et d'inscription hypothécaire*, de telle façon qu'il y eût deux répertoires fonciers, l'un par noms de *propriétaires*, l'autre par noms de *propriétés*, et que l'on pût ainsi d'abord les vérifier l'un par l'autre, puis même, au besoin, obtenir l'état des charges grevant tel ou tel immeuble, sans être obligé de suivre la série des propriétaires successifs. Mais il semble que le morcellement dont nous parlions tout à l'heure soit un égal obstacle à cette création restreinte. C'est aussi ce qu'ont pensé les autorités les plus compétentes, et ce que M. Flandin n'entend pas méconnaître. Cette excursion d'outre-Rhin ne peut donc guère avoir d'utilité pratique, si ce n'est celle d'apprendre une fois de plus combien

il faut être réservé dans les tentatives d'imitation de ce qu'on admire à l'étranger.

Rentrant dans son pays, l'auteur examine sous un point de vue général la loi de 1855, et résume, en premier lieu, les critiques en sens inverse qu'elle a suscitées. Il croit devoir s'abstenir d'en peser la valeur, parce que cette loi est faite et non plus à faire. Nous regrettons cette abstention qui nous prive certainement d'appréciations très-judicieuses. Les motifs d'une loi importent beaucoup, d'ailleurs, à son autorité morale. Elle entre plus aisément dans les mœurs quand on y voit un bienfait reconnu et proclamé par les esprits éclairés. Aussi nos rois, tout puissants qu'ils fussent, ne dédaignèrent-ils pas d'expliquer longuement à leurs sujets les raisons de leurs innovations législatives. C'est surtout dans nos jours de scepticisme frondeur et de règne souverain de l'opinion publique qu'il y a grand intérêt à faire reluire avec éclat la sagesse des lois nées sous nos yeux, d'autant plus que les détracteurs les moins autorisés ne se font pas faute d'irrespectueuses attaques. Il est même remarquable que des hommes éminents tout à la fois par leurs facultés et par leurs fonctions se sont montrés peu sympathiques à la loi nouvelle. Ainsi M. Duvergier, si prudent cependant, y voit à peine une petite étape vers le but suprême de la mobilisation du crédit foncier, et se plaint, au nom de la terre veuve de capitaux, soit de la nécessité d'hypothéquer par emprunts, soit surtout des *difficultés* et des *délais* de l'expropriation actuelle. N'aurait-il pas été bon de plaider un peu la noble cause de cette *solidité* de la terre, qui, seule, fait quelque contre-poids à la rotation effrénée des autres éléments de richesse? Faut-il donc que les lambeaux du sol courent aussi de main en main à l'instar des actions industrielles? Le gouvernement impérial n'a-t-il pas déjà fait, dans sa sollicitude pour le crédit agricole, tout ce qui était sagement désirable? Si enfin un mouvement irrésistible doit nous emporter vers des nouveautés radicales, gardons-nous de précipiter le mouvement; appliquons-nous plutôt à le retenir.

Qu'on nous pardonne ces réflexions peut-être téméraires sous notre plume, mais qui ont pour ainsi dire échappé à la profondeur de nos convictions. Nous ajouterons quelques mots seulement sur un point de vue que M. Flandin n'a pas cru devoir aborder. La loi de 1855 a-t-elle réellement innové en établis-

sant la transcription? Peut-on lui reprocher avec justesse et justice d'avoir matérialisé le spiritualisme du Code Napoléon en imposant des formes extérieures à la constitution des droits réels et même à des actes qui n'ont point cet effet? La loi nouvelle est-elle autre chose, enfin, que la consécration définitive d'une pensée traditionnelle en France, ou de réformes depuis longtemps appelées par l'expérience? Cette thèse ne serait pas, ce nous semble, difficile à justifier. On sait notamment que la transcription des *actes translatifs* de propriété, qui avait pris place dans le projet de Code après une discussion approfondie au Conseil d'État, en a disparu dans la rédaction définitive sans qu'on sache comment (par une *sorte d'escamotage*, dit M. Troplong). De là une longue controverse pour déterminer si la transcription était maintenue dans notre Code avec le caractère qu'elle tenait de la loi de brumaire an VII. De là aussi, pour la jurisprudence et pour ceux des interprètes qui avaient admis la négative, un extrême embarras à comprendre et appliquer l'article 2108 rapproché de l'article 2106. Aussi s'en était-on pris à la loi pour l'accuser d'incohérence au lieu d'en dégager l'esprit sous la lettre mutilée qui la voilait. C'est ce dégagement qu'ont fait avec puissance M. le professeur Valette et, en dernier lieu, M. Paul Pont dans son profond *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques* (p. 234 à 252). D'où il résulte que la loi de 1855 a tout simplement rendu explicite ce qui était déjà implicitement établi par le Code quant au point qui nous occupe, et ce qui avait été, il faut le reconnaître avec M. Paul Pont, virtuellement écarté par l'article 834 du Code de procédure.

Après avoir esquissé les précédents de cette loi, l'auteur a eu l'heureuse idée de présenter au lecteur quelques documents statistiques sur son application si récente encore. Il en résulte qu'elle est jusqu'ici trop peu entrée dans les habitudes, surtout à l'égard des actes sous seings privés et des transactions de peu d'importance. Il était facile de le prévoir, si l'on considère l'élévation des droits, proportionnels et fixes, qui sont perçus par le fisc. Aussi M. Flandin renouvelle-t-il, en l'adoucissant dans l'expression, le vœu qu'il avait émis dès 1827 dans le *Répertoire* de M. Dalloz (v° *Enregistrement*) pour la diminution de ces droits. Il le reproduit avec d'autant plus de confiance que déjà plusieurs organes officiels s'y sont associés, et que le

gouvernement impérial s'est toujours montré généreusement résolu dans les réformes financières elles-mêmes. Nous partageons ses désirs et ses espérances.

Au point où nous sommes, une brève *introduction* nous sépare seule du corps de l'ouvrage. Elle nous en fait entrevoir l'économie générale et les vastes proportions. On y trouvera, outre ce qui est annoncé directement par son titre, une *complète exégèse* de la loi du 23 mars, même dans celles de ses dispositions qui recevront d'un autre Traité (*sur les priviléges et hypothèques*) la plénitude de leur développement. Ce premier volume de 600 pages est suivi d'une table qui suffirait pour attester la richesse du nouveau Commentaire. Elle comprend en effet trois chapitres seulement. — Le premier, consacré à l'exposition des *actes et jugements qui doivent être transcrits*; — Le second, à la transcription spéciale *des donations et substitutions*, ce qui est un emprunt fait au Code pour réunir en un ensemble synthétique toutes les branches de la matière; — Le troisième, aux *formes de la transcription et de la mention*, réglées par la loi nouvelle. On aperçoit déjà combien d'autres parties du sujet demeurent en dehors de cette première moitié si étendue pourtant du travail. M. Flandin a donc voulu donner à la science et au Palais, non pas seulement une explication sommaire destinée à l'éclaircissement des généralités de la loi, mais une analyse profonde et patiente qui la suivrait dans ses ramifications les plus ténues et les plus lointaines au sein de l'universalité du droit civil. C'est chose vraiment merveilleuse au point de vue philosophique, et effrayant au point de vue judiciaire, que la fécondité de quelques articles de loi qui semblent très-simples aux esprits superficiels ou aux praticiens sans études. Tel principe nouveau, condensé dans deux lignes, va se dilater sous une plume savante et expérimentée tout à la fois, en faisceaux presque innombrables de déductions et de conséquences, non point stérilement métaphysiques, mais d'une vivante utilité. C'est ce que nous voyons sous la plume de M. Flandin. Bien des lecteurs seront, nous le croyons, étonnés comme nous de tout ce qu'il a fait sortir de son sujet sans autre effort que la courageuse persévérance d'un esprit infatigable, qui veut avoir le dernier mot des dernières questions pour nous épargner ses labeurs. Mais hâtons-nous de proclamer une autre qualité bien plus précieuse encore que la fécondité

qui, sans elle, serait un malheur de plus : nous voulons dire ce don d'heureuse justesse, de sagacité pénétrante, de sérénité philosophique, ou mieux encore ce bon sens français que Bossuet, qui l'avait jusqu'au génie, appelle le *maître de la vie humaine*, et qui se confond tour à tour dans la science du droit avec la raison du père de famille et la sagesse de l'homme d'État. C'est donc bien vraiment un magistrat jurisconsulte, un *sacerdos legum* qui a construit ce difficile ouvrage. Théorie et pratique, doctrine et jurisprudence s'y allient dans une exacte et lumineuse mesure. Ces décisions s'y produisent avec une noble mais respectueuse indépendance en face des renommées les plus hautes : on est ainsi naturellement amené à se faire une opinion, et tout en n'admettant pas celle de l'auteur, on sent combien on lui doit de lumières sur l'objet même de la dissidence. Ses appréciations ont d'autant plus de prix qu'elles se recommandent par une modeste réserve assez rare aujourd'hui. Quelquefois même on est tenté de penser qu'il s'est trop effacé devant d'intéressantes questions. Déjà nous avons exprimé ce sentiment, qui est un hommage, à propos des critiques adressées à la loi nouvelle. Il s'est encore éveillé en nous d'autres fois, notamment au sujet de la non-soumission des testaments à la transcription. Ce docte commentateur résume par voie de citation les opinions émises sur ce point important. Il laisse même entrevoir peu de sympathie pour la solution négative qui a prévalu dans la loi ; mais il s'abstient d'un examen qui serait, dit-il, *absolument sans objet*. Tel n'est point notre avis. Ç'a été en effet pour nous une précieuse satisfaction de reconnaître la puissance des raisons législatives si clairement exposées par le rapporteur, M. de Belleyme. Eussions-nous abouti à une impression opposée, nous n'aurions assurément pas dit avec un interprète à bon droit repris par M. Flandin : *stulta lex ;* mais nous n'aurions pas cru qu'il nous fût interdit, comme oiseux, de signaler en toute humilité ce qui nous aurait paru regrettable.

Le premier chapitre est celui qui ouvrait à l'auteur le plus vaste champ. De là même naissait déjà une difficulté sérieuse, celle de la méthode à suivre pour classer tant d'éléments dans un ordre didactique. Elle a été heureusement surmontée par une division en sept sections, dont la plupart se subdivisent elles-mêmes en articles distincts. Tout s'ordonne ainsi sans

embarras avec une précision scientifique qui soulage agréablement l'esprit. — La première section est au nombre des plus riches : elle a pour objet la *transcription des actes entre-vifs, à titre onéreux, translatifs de propriété immobilière.* Avant d'entrer dans l'examen successif des actes de cette nature, M. Flandin s'est attaché à poser des notions générales sur le critérium de la transcriptibilité et sur les effets juridiques de la formalité omise ou accomplie. Parmi les actes de dévolution entre-vifs, il en est un qui se détache avec un caractère saillant, *le partage d'immeubles.* Ici encore surgissait une importante question législative : *devait-on l'assujettir à la transcription?* Il n'y avait plus, en effet, à se demander *s'il y est assujetti.* Les projets de loi de 1849 et 1855 avaient, il est vrai, voulu l'y soumettre ; mais la suppression expliquée du mot *déclaratifs*, mis d'abord à côté de *translatifs*, rend indubitable l'affranchissement du partage. Il ne restait donc qu'à voir si l'on avait bien fait. M. Flandin a su resserrer en quatre pages l'historique et la discussion de ce problème suivi depuis les coutumes de nantissement jusqu'à nos jours. Tout concourt harmonieusement dans ce précis à justifier la solution législative. Nous avons seulement regretté que l'auteur n'ait pas accordé un souvenir et une mention aux belles recherches qui, de nos jours, ont éclairé les origines de la fiction consacrée dans l'article 883 (C. Nap.). Le nom si digne d'hommages du savant Championnière se présente aussitôt à l'esprit dans cet ordre d'idées. D'autres, après lui, ont marché avec succès dans la même voie [1], et c'est ainsi que nous avons pu assister sans effort à l'éclosion de la maxime : *le mort saisit le vif*, de plus en plus généralisée, et de cette curieuse théorie des *aliénations nécessaires*, qui tendait à concilier le droit romain et le droit féodal dans l'exemption pour le partage de *l'ensaisinement* et des droits de *relief* et de *rachat.* Il faut donc conclure que nos plus vieilles traditions juridiques recommandaient pareille immunité à l'égard de la transcription, qui est une sorte d'ensaisinement ; et quand d'ailleurs les plus saines raisons de convenance, si bien déduites par M. de Vatimesnil, venaient en aide à ces traditions, on a peine à comprendre la scrupuleuse exigence de ceux qui auraient voulu la

[1] V. les savantes études de M. Aubépin sur l'*influence de Dumoulin* (*Revue critique*, décembre 1860, juin 1861).

transcription des partages. Mais c'est le propre de certains esprits d'aspirer en tout à l'*absolu*. Aussi avait-on pensé, en 1849, à un système de publicité générale qui aurait embrassé, non pas seulement les testaments, mais encore les transmissions héréditaires *ab intestat*, comme si la plus vulgaire prudence ne commandait pas, quand on traite avec quelqu'un, de remonter à *l'origine de la propriété!*

Mais revenons aux préliminaires de la transcription des actes translatifs à titre onéreux, et signalons ici une dissertation très-instructive sur les *immeubles fictifs*. On est assez porté, dans la pratique, à regarder les rentes sur l'État comme pouvant être *immobilisées* par une décision de justice pour servir au remploi des valeurs dotales. L'auteur établit très-clairement que cette immobilisation s'opère dans deux cas seulement (en matière de majorat et d'amortissement), et que dans les autres situations, il ne peut y avoir qu'une *indisponibilité momentanée*, d'où il suit qu'il n'y a pas lieu à la transcription. Le gouvernement avait inséré dans le projet de la loi de finances de 1860 une disposition qui autorisait l'emploi en rentes sur l'État des sommes dont le placement en immeuble doit avoir lieu à un titre quelconque. Si elle avait été sanctionnée, les fluctuations de la jurisprudence à ce sujet auraient pris fin; il est regrettable que de graves raisons de crédit public l'aient fait juger plus tard inadmissible.

Au premier plan des actes translatifs qu'il doit étudier, l'auteur place à bon droit la vente en vue de laquelle, dit-il, *a été surtout établie la transcription*. Que d'objets d'analyse se pressent dans ce cadre d'examen! Les parcourir avec l'ouvrage, ce serait en faire un second aussi décharné que le véritable est riche de développements. C'est donc seulement sur les procédés logiques du commentateur que nous devons appeler l'attention. Ils sont d'une rationalité parfaite. — C'est dans la scrutation approfondie de chaque variété de vente examinée par lui, qu'il va chercher la détermination du moment et des effets spéciaux de la transcription. La conséquence pratique découle ainsi d'elle-même de la solution juridique. Cette méthode a été remarquablement appliquée par l'auteur à la *vente sans mandat* et à la vente *avec déclaration de command*. Il établit et résout avec une précision mathématique toutes les hypothèses qui peuvent diversifier la donnée fondamentale. Quant à la vente sans man-

dat, par exemple, si c'est pour l'acheteur qu'agit le *negotiorum gestor*, il y aura une aliénation *conditionnelle* subordonnée à la ratification ultérieure, et, d'après un principe précédemment démontré, cette éventualité fournira une base suffisante à la transcription, laquelle aura pour effet, s'il advient ratification, de consolider rétroactivement, *ab initio*, la transmission de propriété, même à *l'égard des tiers*, sans qu'il y ait besoin de transcrire cette ratification, qui se confond avec l'acte primordial. — Si c'est, au contraire, pour le vendeur qu'est intervenu le gérant d'affaires, il y aura encore une conditionnalité attachée à la ratification éventuelle, et si cette ratification se produit, elle pourra bien également être tenue pour rétroactive, en vertu de la loi romaine et de l'article 1179 du Code Napoléon; mais l'important est de savoir si cette rétroactivité sera opposable aux *tiers*, à la faveur d'une transcription contemporaine de l'acte, comme elle l'était dans la première hypothèse. Il semble, au premier abord, qu'il doive y avoir identité de solution affirmative ou négative. Telle n'est pas cependant la décision du commentateur, et voici avec quel tact judicieux il sait la justifier contre lui-même :

« On va m'objecter sans doute ce que j'ai dit au n° 87 de la « vente faite par le propriétaire sous une condition suspensive; « mais ce cas est tout différent de celui que j'examine. Lorsque « c'est le propriétaire lui-même qui vend, quoique la vente « reste subordonnée à un événement futur, s'il n'y a pas encore « de mutation consommée, il y a le germe d'une mutation ; il « y a une transmission conditionnelle de propriété, et c'est là « un titre apparent qui doit suffire pour la transcription. De « quoi se plaindra le vendeur si l'acquéreur éventuel fait immédiatement transcrire? Est-ce qu'il lui est permis désormais « de constituer des hypothèques sur l'immeuble ou de le vendre « à un autre? Est-ce que ces aliénations, ces hypothèques ne « se résoudraient pas par l'accomplissement de la condition? « Au contraire, dans l'hypothèse où ce n'est ni le propriétaire « ni son mandataire, mais un simple *negotiorum gestor* qui a « vendu, si l'on admettait l'acquéreur à transcrire avant que le « propriétaire ait ratifié la vente, on paralyserait dans les mains « de ce dernier le droit de disposer de sa chose ; car qui voudrait acheter, qui voudrait accepter de lui une hypothèque « en présence d'une transcription qui, la ratification interve-

« nant, et par le seul effet de la rétroactivité attachée à cette « ratification, rendrait l'acquéreur qui a fait transcrire privati- « vement, préférable aux tiers qui ont contracté directement « avec le propriétaire, *rebus integris?* C'est là, selon moi, la « raison vraiment déterminante de la solution qui m'a semblé, « après quelques hésitations, devoir être préférée. » De ces principes si sages est ensuite tirée la conséquence que la ratification du propriétaire devra être transcrite, en même temps que l'acte primitif, puisque c'est elle *qui opère la mutation de propriété.*

La vente avec *déclaration de command* est aussi pour l'auteur l'occasion de déployer la sagacité la plus délicate. Aucune nuance, toute fugitive qu'elle soit, n'échappe à la loupe de son analyse. Veut-il signaler une différence entre le cas où l'acquisition est faite par un *negotiorum gestor* au nom d'un tiers désigné à l'avance, et celui où elle est faite seulement sous la faculté d'élire un command, il dira : « Dans le premier cas, le « tiers indiqué comme le futur bénéficiaire de l'acte a un droit « acquis à la chose, droit subordonné sans doute à son accep- « tation, mais auquel ne pourraient porter atteinte les actes « ultérieurs du *negotiorum gestor*, en supposant ce dernier per- « sonnellement engagé envers le vendeur à prendre l'immeuble, « dans le cas où celui au nom duquel il a stipulé ne le prendrait « pas. — Mais il en est autrement dans le cas de vente faite « sous faculté d'élire un command. Tant que la déclaration de « command n'a pas eu lieu, l'acheteur reste propriétaire, et « peut, par conséquent, faire tous les actes qui dérivent du « droit de propriété. Jusque-là, en effet, il demeure incertain « si l'acquéreur usera ou n'usera pas de la faculté réservée de « se substituer un autre acquéreur : il ne peut donc encore y « avoir de droit acquis à ce dernier. Son droit n'existe que du « moment où il a été désigné pour prendre la place du premier « acquéreur. »

C'est avec un égal soin que l'auteur passe en revue la *cession de biens*, la *dation en payement*, l'*échange*, le *partage et* la *licitation*, la *résolution des contrats*, les *retraits*, les *sociétés* et particulièrement la *communauté entre époux*, la *transaction* et enfin les *actes administratifs;* toutes matières comprises dans la première section et qui ne remplissent pas moins de cent quarante pages. — En les sillonnant, l'auteur rencontre sur son

chemin nombre de graves questions qu'il aborde résolûment et résout avec sûreté, notamment celle de savoir si une cession de parts indivises entre quelques cohéritiers seulement a le caractère de partage; — si les acquisitions successives par un étranger à la succession de toutes les parts héréditaires indivises présentent ce même caractère; — s'il y a un être moral dans la société civile; — si le mari qui a fait un achat d'immeubles avec déclaration d'une destination de remploi, a jusqu'à l'acceptation de la femme un droit absolu de propriété, ou uniquement un droit résoluble, et à quelle époque, cette seconde solution admise, le droit éventuel de la femme doit être sauvegardé par la transcription, etc. Arrivé à la transaction, M. Flandin, qui déjà avait préludé en traitant du remploi à sa polémique multiple avec M. Mourlon, engage une lutte énergique sur le terrain de la transaction, et prouve victorieusement à notre sens, en faisant justice de subtilités trop raffinées, que la transaction a une vertu essentiellement *déclarative*, à l'instar des jugements, et non *extinctive;* que par suite elle est affranchie de la transcription, sauf le cas d'abandon compensatoire d'un immeuble non litigieux; que d'ailleurs elle demeure, même dans ce cas, pure de tout *chantage* (expression peu juridique et judiciaire), et que son assimilation aux jugements n'a jamais rien, quand on a traité de bonne foi, d'attentatoire à la morale. — En ce qui regarde les actes administratifs, l'auteur, pratiquant cette respectueuse liberté d'opinion que nous avons déjà honorée, soutient avec avantage ce nous semble, contre un illustre interprète de la même loi (M. Troplong), que ceux des actes en question dans lesquels l'État procède comme *personne civile*, en vendant, par exemple, un immeuble, doivent subir le régime de la transcription, et que l'immunité ne doit être accordée qu'aux actes qui impliquent l'exercice et l'indépendance du pouvoir administratif, tels que les concessions de mines, de canaux, etc.

Le laborieux commentateur fait plus encore que d'éclairer l'application restreinte de la loi de 1855. Il creuse en passant certaines parties du droit civil dans leur profondeur la plus abstruse, par exemple celle des *retraits* (successoral, d'indivision et litigieux) et celle de l'*ameublissement* tant déterminé qu'indéterminé.

Les sections suivantes ont pour objets : *les actes à titre onéreux*

reux translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque ; — les actes à titre onéreux constitutifs de droits d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ; — les actes de renonciation à des droits pour lesquels la transcription est requise ; — les baux excédant dix-huit années ; — les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus ; — et enfin les *jugements* en tant que soumis à la transcription ou à une simple *mention*. — La pensée du jurisconsulte mesure de suite l'étendue de ce champ d'exploration. L'auteur l'a fouillé dans tous les sens et jusque dans ses moindres filons, sans que jamais pourtant on ait à lui dire : *difficiles nugæ*. Mais les formules de la loi de 1855 sont si largement compréhensives, que c'est presque sous toute la surface du droit civil qu'elle oblige à pénétrer. — S'agit-il des droits réels hypothécables, tout aussitôt surgissent, demandant un attentif examen, l'*usufruit*, l'*emphytéose*, le *droit de superficie*, les *concessions de mines, de chemins de fer et de canaux*, les *actions immobilières* si diverses et si complexes. Nous ne pouvons qu'indiquer tous ces points, et nous devons nous contenter de mettre en relief quelques vues dominantes.

La grande difficulté du Commentaire entrepris par l'auteur était d'adapter la loi nouvelle à la législation antérieure pour montrer comment elle s'accorde avec elle ou la modifie. M. Flandin s'y est particulièrement appliqué et a répandu de vives lumières sur ces spécialités obscures dont le siége est principalement dans les articles 1338, 1638, 1641, 1690, 2177, 2188 et 2189 du Code Napoléon. — Quant à ces trois derniers, il fait voir que la loi de 1855 ne les a aucunement modifiés, et se trouve incidemment amené à en faire ressortir la véritable portée et la concordance par une argumentation rigoureuse de laquelle il résulte que, dans les trois cas de délaissement, de vente après saisie sur le détenteur et d'éviction de l'acquéreur par surenchère du dixième, l'adjudication n'efface pas rétroactivement l'acquisition précédente. Mais pour ce qui regarde les quatre autres articles, ils sont plus ou moins sensiblement modifiés par la loi nouvelle. Mieux vaut s'en tenir à cette simple indication que d'effleurer ces solides doctrines. Nous devons encore mentionner l'abrogation implicite de l'article 716 du Code de procédure civile, et l'extinction de la controverse sur la question de préférence entre une antichrèse et les hypothèques postérieurement constituées. Aujourd'hui la première,

une fois transcrite, gardera toute sa force. — L'auteur a, de plus, porté son regard hors de la sphère du droit civil, et a déterminé avec une netteté magistrale les rapports abstraits qui existent entre la loi de 1841 sur l'expropriation pour utilité publique et la loi sur la transcription. Il a supérieurement réfuté le système de M. Cabantous, professeur à Aix, qui a prétendu, d'accord avec une haute autorité (la commission du Sénat), que les articles 834 et 835 du Code de procédure sont exceptionnellement demeurés en vigueur dans le cercle d'application de la loi de 1841, et, d'une autre part, il s'est garanti de l'excès opposé qui a entraîné M. Mourlon à faire entrer de vive force tous les nouveaux effets de la transcription dans cette même loi.

Le nom de ce jurisconsulte distingué nous conduit à déclarer, sans avoir l'outrecuidance de nous ériger en juge du camp, que M. Flandin nous paraît avoir été très-habile et heureux dans ses nombreuses passes d'armes avec un redoutable antagoniste. Rien de plus attachant, d'ailleurs, que ces luttes pleines de courtoisie dont le spectateur a tant à profiter. Le commentateur y a fait preuve d'une rare perspicacité à saisir le point faible d'argumentations spécieuses, comme aussi d'une clarté continue dans la réfutation. Remploi, antichrèse, servitudes, renonciations, ratifications, action résolutoire, transcription des baux, adjudication à l'héritier bénéficiaire, tels sont les principaux champs clos où s'est agitée la polémique. La lumière ne jaillit jamais plus éclatante qu'après le choc de deux esprits exercés. Mais pourtant, disons-le sans nulle intention blessante, il est fâcheux qu'une loi pour ainsi dire au berceau soit déjà tourmentée par tant de disputes. En vérité, on serait tenté de penser, quoi qu'en ait dit M. Flandin, qui en est bien innocent d'ailleurs, que M. Bressoles, professeur à Toulouse, n'avait pas bien tort quand il exprimait et pratiquait l'expression qu'il convient de *ne pas produire trop tôt* sur une loi nouvelle *des commentaires de longue haleine* qui, devançant les difficultés nées au palais, peuvent, par un débordement de prévisions contentieuses, fournir des *armes à la chicane*.

Un des meilleurs moyens de prévenir les interprétations défectueuses, est sans contredit de placer comme autant de fanaux, au-dessus du flot mouvant des espèces, ces *principes dirigeants* qui, pour continuer notre image, sont vraiment la

boussole du jurisconsulte. M. Flandin l'a fait avec un soin qui épargnera bien des perplexités à ses lecteurs. Déjà nous avons eu occasion d'en reproduire un qui est souvent applicable : à savoir qu'une éventualité d'investiture suffit pour servir de base à la transcription qui est essentiellement *conservatoire*. Un autre consiste en ce que les droits constitués par la loi elle-même, qui est réputée connue, ne sont pas soumis à la nécessité de la transcription (par exemple la jouissance usufructuaire qu'a le mari des biens de sa femme, l'usufruit légal des père et mère, les servitudes légales, etc.). C'est grâce à ces principes conducteurs et aussi à la sagacité parfaite de son esprit que le commentateur s'oriente sans peine au milieu de tant de voies divergentes, pèse les idées extrêmes dans la balance d'un judicieux éclectisme, évite les écueils séduisants du paradoxe, et dispose librement des ressources de l'érudition, qui est pour quelques-uns, au lieu d'une richesse, un nuisible embarras. Telle est bien la vraie philosophie du jurisconsulte, celle qui se rend et rend aux autres raison de toutes choses, n'abandonnant que le moins possible au hasard des appréciations individuelles. Le premier consul a dit quelque part un mot profond (comme il en disait tant) sur le projet de Code civil, qu'il ne trouvait pas assez *dogmatique*, tant cette grande intelligence sentait le besoin d'une direction régulatrice pour les ministres et les sujets de la loi! M. Flandin reproche pourtant à notre Code d'être trop dogmatique ou, du moins, *métaphysique*, notamment dans les articles 1101 et suivants, qui renferment les définitions des contrats. Il veut aussi qu'on *laisse à l'école* les dénominations didactiques, telles que renonciations *extinctives*, *abdicatives*, *translatives* ou *in favorem*. Qu'il nous permette de trouver un peu d'exagération dans cet effroi de la métaphysique entendue ainsi : Dieu nous garde, sans doute, des nomenclatures germaniques si insupportables à la clarté française! Mais ne proscrivons pas non plus tout ce qui a le tort ou le mérite de ressembler aux formules si nettes des géomètres et des naturalistes. Rien ne nous semble plus simple et plus limpide, en particulier, que les définitions des articles 1101 et suivants. On peut seulement penser qu'elles étaient plutôt du domaine de la doctrine que de celui de la loi; mais c'est là un grief qui n'enlève rien à leur prix intrinsèque.

M. Flandin s'est encore soigneusement appliqué à établir

une corrélation harmonique entre les solutions qui se touchent par quelque point et s'entre-croisent même inévitablement dans un tel ensemble. On sent qu'il a vu de haut tout cet ensemble, et qu'il a contemplé, pour ainsi dire, le jeu simultané de toutes les pièces de l'œuvre, pour écarter tous les frottements. Il n'a pas négligé davantage d'éclairer les combinaisons qui doivent s'opérer entre les règles dans quelques cas spéciaux.

C'est encore un de ses mérites d'avoir différencié avec précision les principes de la loi civile et ceux de la loi fiscale, quelquefois divergents. Il annonce, du reste, que le chapitre VI roulera distinctement sur la partie fiscale de son sujet.

Disons enfin qu'on remarquera tout particulièrement dans ce premier volume le commentaire si abondant et si savamment pratique de la formalité nouvelle de la *mention des jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit*. Depuis les plus graves questions d'effet juridique et de responsabilité qui naissent de cette matière jusqu'aux plus menus détails d'exécution administrative, et à la taxe des frais, tout a été développé avec une égale application. Les notaires et avoués trouveront dans ces pages des enseignements précieux sur leurs droits et leurs devoirs.

Avons-nous besoin d'ajouter, comme garantie de notre impartial examen, que nous n'adhérons pourtant pas à toutes les opinions de l'auteur, et que même nous avons cru démêler dans sa composition quelques-unes de ces erreurs *quas humana parum cavit natura?* Nous ne pouvons, par exemple, souscrire à la pensée que *l'être moral ou collectif* dans les sociétés civiles, soit une *pure abstraction* dont l'intérêt serait simplement intellectuel. Tous ceux qui ont traité cette question, et notamment M. Toullier dans un passage cité, ont attaché plusieurs conséquences notables à ce théorème juridique : l'attribution exclusive de l'actif social aux créanciers *sociaux*, la non-compensation des créances ou dettes d'un des associés avec les dettes ou créances de la société à l'égard des tiers, etc. A propos de ce point de droit, nous nous empressons de recommander à ceux qui ne l'auraient pas encore lue la démonstration supérieure de la personnalité des sociétés civiles, que l'éminent et si regrettable professeur Bravard a tirée des articles 529, 1860 du Code Napoléon et 50, n° 2 du Code de procédure (*Manuel du droit commercial*, 6e édition). — Qu'il nous soit permis encore de

signaler à l'auteur, dont la modestie nous rassure, une apparence tout au moins de contradiction qui naît du rapprochement des nos 391, 405 et 492. D'une part, il est expliqué que le cessionnaire d'un prix de vente n'a nul besoin de la transcription pour sauvegarder dans ses mains l'action résolutoire inhérente à la créance cédée ; et d'une autre part (n° 492) est adoptée une solution de M. Mourlon, d'après laquelle ce cessionnaire aurait avantage, dans une hypothèse au moins, à transcrire son titre. — A la page 43 se lit une énonciation qui semble impliquer que l'article 18 de la loi de 1841 sur l'expropriation d'utilité publique aurait été nécessaire pour mettre obstacle à la constitution d'hypothèques par l'exproprié depuis le jugement qui l'a désinvesti ; or ce serait là une évidente erreur, car il est indubitable que sous l'empire du Code Napoléon, non modifié en ce point par l'article 834 du Code de procédure, de *nouveaux* droits réels ne pouvaient être établis sur l'immeuble postérieurement à la vente transcrite ou non, et que la quinzaine accordée par l'article 834 appartenait uniquement aux droits nés *avant* la transmission de propriété. Le seul effet de l'article 18 de la loi de 1841 a donc été de rendre toute *surenchère* impossible, et de transporter sur le prix les affectations qui grevaient l'immeuble.

Pour remplir entièrement notre office de critique, il nous faut dire un mot de la forme de l'ouvrage, c'est-à-dire du style qui a tant d'importance, non pas seulement pour la satisfaction du goût littéraire, mais encore et surtout pour la claire manifestation des idées, et, par suite, pour l'utilité d'un livre quelconque. Hâtons-nous de reconnaître que M. Flandin manie en écrivain exercé la langue du droit, cette langue sobre et sévère comme la véritable science, qui doit buriner la pensée sans la surcharger d'ornements parasites et pourtant sans sécheresse. Nous avons, du reste, eu lieu d'observer, comme dans d'autres Commentaires, que le style de l'auteur a sensiblement gagné du commencement au milieu du travail. La répétition prolongée des mêmes efforts a pour effet naturel d'imprimer à la phrase plus de cette élégante rigueur que Leibnitz admirait dans les écrits des jurisconsultes romains. Il est cependant une locution à laquelle, malgré l'emploi qu'en a fait le législateur lui-même, nous ne pouvons nous habituer à l'exemple de plus d'un juriste : celle de *droit incorporel*. N'est-ce pas un pléonasme choquant ?

Le droit de propriété est-il moins incorporel que celui d'usufruit ou d'hypothèque, et même que tout autre droit? La diversité est-elle jamais ailleurs que dans l'*objet* des droits réels ou personnels? C'est bien là, si nous ne nous abusons, une mauvaise *métaphysique*.

Terminons ici ce compte rendu trop long peut être, et cependant trop superficiel, d'un volume plein de choses. Il révèle à la science un vaillant serviteur de plus; il honore et son auteur et la magistrature; il fera vivement désirer la publication de celui qui doit le suivre, ainsi que du traité inédit qui n'attend pour se produire qu'un favorable augure, et nous nous estimons heureux d'avoir pu en saluer, un des premiers, l'apparition.

A. ANCELOT.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Félix Berriat Saint-Prix, avocat, docteur en droit.

Jusqu'à quel point le propriétaire d'une maison est-il tenu d'en prévenir la ruine?

Cette question s'est présentée récemment dans deux hypothèses distinctes qui méritent un examen séparé. La jurisprudence semble incliner en faveur de cette portion du droit de propriété, qu'on pourrait appeler le droit d'abuser exercé par force d'inertie.

§ 1.

Le nu-propriétaire est-il tenu de faire les grosses réparations? En admettant l'affirmative, comment l'usufruitier pourra-t-il l'y contraindre?

La première question est résolue négativement par un arrêt de la Cour de Paris, du 11 octobre 1860; les juges n'ont pas eu besoin dès lors d'examiner la seconde. Il est clair, au surplus, que la solution affirmative serait dépourvue d'intérêt pratique, s'il n'existait aucun moyen d'en obtenir l'exécution matérielle. Je crois pourtant qu'il convient de ne pas confondre les deux questions en théorie : autre chose est l'absence d'obligation, autre chose l'existence d'obligation combinée avec le défaut de sanction; de même qu'en droit pénal autre chose est l'absence de criminalité qui entraîne l'acquittement, autre chose la criminalité dénuée de sanction légale, qui procure une absolution.

On verra tout à l'heure que la loi en vigueur est tout à fait insuffisante; les trois ou quatre articles relatifs à notre sujet (C. civ., 600, 605, 607) sont complétement obscurs et contradictoires. Il importe donc, ici plus qu'ailleurs, de suivre l'ordre chronologique et de chercher des lumières dans les sources médiates et immédiates du Code.

Je ne trouve pas dans le Digeste, sur la question qui m'occupe, la richesse de développements qu'il nous offre sur d'au-

tres points, par exemple sur la constitution de l'usufruit, qui a seulement inspiré trois lignes aux rédacteurs des articles 579 et 580.

Et d'abord la distinction des grosses réparations et des réparations d'entretien n'y est point nettement formulée [1]; à peine est-elle indiquée en quelques mots par Ulpien (7, § 2, *De usufructu*) : MODICA *refectio ad eum pertinet.* Le jurisconsulte manque de termes pour nommer les grosses réparations ; il se borne à désigner le cas où elles deviennent nécessaires : *Si qua vetustate corruissent* (ibid.), et il ajoute : NEUTRUM *cogi reficere.* (On reconnaît facilement dans ce langage l'origine de l'article 607.) Il est vrai qu'en fait l'*héritier* peut avoir réparé (sans doute par générosité ou par ignorance de ses intérêts, ou parce que l'usufruitier lui promet une portion des fruits), et dans ce cas il ne peut s'opposer à ce que la jouissance continue. Mais aura-t-il droit à une indemnité? Ulpien garde le silence sur cette question, qu'il aurait sans doute négativement résolue, faute d'une formule d'action susceptible d'être appropriée à l'hypothèse.

Outre la décision laconique *neutrum cogi reficere*, le Digeste nous en fournit une seconde qui ne l'est guère moins : c'est la loi 65, § 1, *De usufr.*, d'après laquelle l'*héritier* n'est pas plus tenu de réparer ce qui se trouvait déjà détérioré par vétusté que si le testateur avait légué la propriété. Cet argument d'analogie est décisif quand le testament donne la nue propriété à un autre légataire, au lieu de la laisser implicitement à l'héritier; celui-ci est évidemment quitte quand il a transféré les deux démembrements, et cela en droit français comme en droit romain. L'argument perd de sa force dans l'hypothèse où le procès, au lieu d'être élevé entre légataire et héritier, s'élève entre usufruitier et nu-propriétaire ; les deux premiers n'ont plus de rapports dès que la volonté du défunt est accomplie; les deux derniers, au contraire, sont enchaînés inévitablement jusqu'à la consolidation de leurs droits respectifs. Le nu-propriétaire ne peut se déclarer indifférent au sort d'une chose qui doit lui revenir tôt ou tard, ni spéculer sur la tentation qu'éprouverait l'usufruitier de risquer un sacrifice considérable dans l'espoir de

[1] Doneau (X, c. 13, n° 15) le reconnaît et essaye d'y suppléer. Il distingue trois choses : 1° *tutela ædificii ;* 2° *novæ rei ædificatio ;* 3° *rei veteris totius collapsæ restauratio.*

vivre assez longtemps pour s'en indemniser par la jouissance.

Deux autres fragments (Paul, 46, § 1, et Pompon., 47, *eod. tit.*) reconnaissent que le testateur peut charger l'héritier de refaire ou réparer la maison (*ut reficeret insulam*) ; l'usufruitier ou son représentant peuvent contraindre à l'exécution de cette clause au moyen de l'action *ex testamento*.

La question de savoir si l'usufruitier, en faisant de lui-même les grosses réparations, peut recouvrer ses avances, au moins à la fin de l'usufruit, est bien voisine de la nôtre. Pothier (Pandect., VII, 1, n° 31) et Domat paraissent croire qu'elle est affirmativement résolue par un rescrit de Gordien (7, Cod., *eod.*) ; l'espèce et la décision de ce rescrit me semblent cependant bien vagues. — Ulpien décide plus clairement (7, § 16, *soluto*) que le *mari*, propriétaire transitoire, qui ressemble fort à un usufruitier, peut imputer comme dépense nécessaire le rétablissement d'une vieille ferme dotale, toute tombée sans sa faute (*si... villam... veterem totam... collapsam restituerit*). — Ailleurs (10, § 1, *De negotiis gestis*) il donne une action au *gérant d'affaires* qui répare une maison (*insulam fulsit*) ; mais avec une restriction rationnelle, bien qu'un peu large, pour le cas où le propriétaire ne pourrait suffire à cette dépense, ou ne jugerait pas que cette maison lui fût nécessaire. — Je laisse de côté les textes relatifs au constructeur sur le fonds d'autrui : on sait l'interminable querelle des romanistes à cet égard.

En résumé, les jurisconsultes romains ne fournissent de la question proposée qu'une solution brève, appliquée à leur hypothèse favorite, celle d'un nu-propriétaire qui cumule avec cette qualité le titre d'héritier grevé du legs de l'usufruit. Le motif qu'ils donnent est spécial à cette même hypothèse. Du reste, même en parlant de l'usufruitier, tant qu'il ne s'agit pas de la promesse (*cautio*) faite par lui ou par son fidéjusseur, promesse qui engendre l'action *ex stipulatu*[1], ils ne se servent point du mot « obligation, » mais plutôt du mot « charge » (*onera adgnoscit*).

L'ancien droit français a creusé davantage la question, bien qu'en se plaçant toujours à un point de vue spécial. L'usufruitier

[1] C'est sans doute à cette action que fait allusion la loi 18, § 2, *De damno infecto* ; d'autres textes disent que l'usufruitier peut être contraint à réparer *per arbitrum*, ce qui ne veut pas dire par un *expert*, comme l'a cru Hennequin (II, 431).

dont s'occupent les coutumes est une veuve douairière ou un donataire mutuel d'usufruit; le nu-propriétaire, c'est l'héritier du mari ou du conjoint prédécédé.

Les rédacteurs des coutumes pouvaient, mieux que de simples jurisconsultes tels qu'Ulpien et Paul, préciser les diverses sortes de réparations; aussi l'ont-ils fait. Les coutumes de Paris (art. 262 et 287) et d'Orléans (art. 222 et 282) spécifient les réparations viagères ou d'*entretènement* [1]; la coutume de Melun (art. 243) distingue les grosses et les menues réparations et les énumère avec d'amples détails [2].

Distinguer deux catégories de réparations et dire, comme les coutumes de Paris et d'Orléans, que l'usufruitier est *tenu* de faire les unes, c'est à peu près dire que le nu-propriétaire est tenu de faire les autres. La coutume de Melun est plus explicite; voici ses termes : « ... Le *propriétaire* est TENU *d'entretenir* les fon-« dements et gros murs, poutres et autres grosses réparations « qui durent par commun cours plus que la vie de l'homme... » La coutume de Nivernais n'est guère moins formelle (*Du douaire*, art. 4) : « ... Et quant aux fondements..., ils appar-« tiennent à réparer au propriétaire; » ce qui signifie qu'il en est *tenu*, d'après le commentaire de Coquille. La coutume de Bretagne est muette; mais son commentateur, Dargentré (art. 442, gl. 5), n'hésite point : « Certa est juris sententia « modicas impensas ab usufructuario *deberi*, magnas a proprie-« tario..., » et il applique cette décision à toutes les dépenses qui concernent l'utilité *perpétuelle* de la chose; plus loin, il reprend Bartole pour avoir soutenu que l'usufruitier doit au moins en faire l'avance, sauf à les répéter.

La rédaction des coutumes explicites a dû influencer même les auteurs qui ont écrit sous l'empire des autres, témoin Lebrun [3] et Pothier. Ce dernier jurisconsulte paraît avoir beaucoup hésité sur notre question. Il la passe sous silence dans son in-

[1] Cette double dénomination se lit encore dans Loisel, *Instit.*, liv. I, c. 3, *Des douaires*, n° 18.

[2] Un annotateur de la coutume de Bretagne (La Bigotière, art. 468) distingue jusqu'à quatre sortes de réparations : 1° les mennes et locatives; 2° les viagères; 3° les grosses; 4° les réédifications, lorsque les maisons tombent entièrement par vétusté.

[3] *Successions*, livre II, ch. 5, sect. 1, dist. 2, n° 42. — V. aussi Desgodets et Goupy.

troduction à la coutume d'Orléans [1]. Dans son traité du *Douaire*, publié dix ans plus tard, en 1770, il s'explique (n° 246), et, après avoir développé l'objection tirée de la nature des servitudes, il affirme que « nos bons auteurs » permettent de contraindre l'héritier du mari « à faire les grosses réparations « pendant le cours de l'usufruit. » Pour démontrer cette proposition, il la rattache à une autre dont il ne donne pas de démonstration distincte : il suppose que le mari contracte l'obligation de laisser à sa femme la jouissance des biens qui doivent composer le douaire, obligation à laquelle succède l'héritier du mari. Dans le traité des *Donations entre mari et femme*, publié en 1771, un an avant sa mort, il expose, en faveur du donataire mutuel d'usufruit, des raisons d'équité, susceptibles d'être invoquées par un usufruitier quelconque : « Le propriétaire, fait-il observer (n° 239), ne manquerait pas de faire les grosses réparations si la maison n'était pas chargée d'usufruit; il s'y refuse uniquement parce que le donataire mutuel sera dans la nécessité d'en avancer le montant pour pouvoir jouir de la maison qui, sans cela, serait inexploitable. » A cette considération fort rationnelle Pothier ajoute, il faut le dire, une induction tirée du silence de la donation, qui n'a point imposé au donataire mutuel l'avance des grosses réparations : si l'on n'obligeait pas l'héritier à les faire, on lui laisserait une voie indirecte d'augmenter les charges du donataire. Mieux valait argumenter franchement *à contrario* du texte de la coutume de Paris (art. 287 ; Orl. 282), que Pothier place en tête de son chapitre. Enfin, le jurisconsulte explique les paroles d'Ulpien, citées plus haut, *neutrum cogi reficere*, en les restreignant à l'hypothèse où la maison aurait *totalement* péri.

Pothier s'écarte également du droit romain dans les expressions qu'il emploie. Il consacre un article entier de son traité du *Douaire* à rechercher à quoi l'usufruit (lisez : la constitution d'usufruit) *oblige* le propriétaire des héritages qui y sont sujets. Domat, avant lui, avait déjà traité des *engagements* du propriétaire envers l'usufruitier, tout en invoquant des textes romains qui parlent d'action réelle, et en esquivant d'ailleurs notre question.

[1] Le n° 44 du titre 12, cité par M. Demolombe, est relatif aux réparations d'entretien survenues avant l'ouverture du douaire. Dans le titre 15, n° 147, Pothier se réfère au titre 12.

M. Demolombe cite deux auteurs, Bourjon et Bannelier, comme ayant seuls défendu l'opinion qui voudrait distinguer entre l'usufruit constitué à titre onéreux et l'usufruit constitué à titre gratuit; cette opinion, dit-il, ne repose en effet sur aucune base sérieuse. C'est aller trop loin, je crois, surtout dans l'hypothèse où le constituant a gardé la nue propriété. Bien que la vente de la jouissance ne soit pas précisément un louage, la fixation du prix pourra, en l'absence de toute explication sur l'état de la chose, déterminer les juges à condamner le vendeur sur ses autres biens, tandis qu'un donateur sera présumé n'avoir voulu donner que les chances de jouissance telles qu'elles résultent de la seule valeur du bien grevé.

Il résulte de l'aperçu qui précède que l'ancienne jurisprudence française tendait à grever le nu-propriétaire des grosses réparations [1]. Néanmoins l'application trop spéciale de cette tendance, les variations des coutumes, l'absence de décision formelle dans la principale, l'hésitation de Pothier, ont pu laisser les rédacteurs de la loi nouvelle dans l'incertitude. Peut-être même ont-ils ignoré la dernière opinion de Pothier, ainsi que plusieurs commentateurs de leur œuvre; Delvincourt, partisan de l'affirmative, et les deux adversaires qui l'ont le plus vivement combattu, M. Duranton et Marcadé, n'ont évidemment pas consulté le *Traité des donations entre mari et femme*.

Quoi qu'il en soit, voyons ce qu'a fait le législateur moderne. On ne peut qu'applaudir au soin qu'il a pris de donner une énumération limitative des grosses réparations, en tenant compte de celles que lui a suggérées le tribunal d'appel de Nîmes. Mais il devait, après avoir pris parti sur notre question, rédiger bien différemment les articles 605, 607 et 600 *in pr.* L'article 605-2° semble, au premier coup d'œil, consacrer l'affirmative avec une netteté suffisante : « Les grosses réparations « demeurent *à la charge* du propriétaire... » En effet, le mot *charge* est classique en cette matière, où l'on distingue perpétuellement les charges des fruits des charges du fonds ou de la propriété, non-seulement dans les articles 608 et 609, mais dans les anciens jurisconsultes. Lebrun s'en sert pour traduire les expressions plus décisives de la coutume de Melun (ci-dessus, p. 196). Pothier s'exprime de même (*Commun.*, n° 272) :

[1] Ajoutez les deux arrêts cités plus loin, p. 206.

« La coutume de Paris, dit-il, nous donne une règle pour dis-
« cerner quelles sont les réparations d'entretien qui sont *à la*
« *charge* de ceux qui ont la jouissance... de celles qu'on appelle
« grosses... qui sont *à la charge du propriétaire.* » (V. aussi le *Traité des donations entre mari et femme*, n° 237). — Néanmoins, en comparant les termes différents du premier et du deuxième alinéa de l'article 605, si cette diversité n'a eu pour but d'éviter une répétition, on reconnaît que la rédaction est assez louche pour se prêter à une distinction subtile entre la charge qui consiste à être tenu et celle qui consiste à ne pouvoir faire décider qu'un autre est tenu [1]. Il est vrai que dans ce dernier sens l'article 605 aboutit au pléonasme suivant :

> « L'usufruitier *n'*est tenu *qu'*aux réparations d'entretien.
> « Il n'est pas tenu des autres. »

En disant que « l'usufruitier prend les choses dans l'état où « elles sont, » le rédacteur de l'article 600 a bien pu vouloir dire que le nu-propriétaire n'est pas tenu des grosses réparations nécessaires lors de l'ouverture ; mais il a pu songer seulement aux réparations d'entretien nécessaires à la même époque ; il a pu vouloir dire bien d'autres choses, et une proposition aussi élastique, bonne peut-être comme principe général (le rapporteur du tribunat en fait sortir l'article 607), ne dispensait pas d'une décision plus formelle.

Quant à l'article 607, il est aujourd'hui à peu près démontré que c'est une véritable énigme juridique [2]. Et d'abord, on ne sait quelle hypothèse il a voulu régler : est-ce l'hypothèse d'une chute complète du bâtiment, avec ou plutôt sans extinction de l'usufruit? Est-ce l'hypothèse où des réparations, soit grosses, soit de toute catégorie, sont devenues nécessaires? — Les mots *rebâtir*, *tombé*, *détruit*, favorisent la première interprétation ; les articles 605-2° et 607 ne seraient alors que la reproduction assez fidèle de la dernière opinion de Pothier (*Donat.*, n° 239, ci-dessus, p. 197), opinion que les rédacteurs du Code ont dû préférer à une application plus littérale du texte d'Ulpien. Ce système a l'inconvénient de transformer en naïveté pure la mention de l'usufruitier dans le texte, et de libérer le nu-

[1] Dans une disposition où l'antithèse ne se rencontrerait pas, je ne saurais admettre la même interprétation. V. cependant un arrêt de Caen, cité plus loin, p. 206, note 2.

[2] Marcadé l'a perdu de vue en le groupant avec les deux précédents.

propriétaire de toute charge dans les cas où il est peut-être plus équitable qu'il soit grevé. — L'expression CE QUI *est tombé* donne au contraire lieu de croire que le rédacteur s'est préoccupé d'une chute pareille. A une époque où je m'exagérais la portée du principe qui permet au propriétaire de laisser dépérir la chose, j'ai essayé d'établir [1] que l'article 607 s'applique exclusivement aux grosses réparations. Deux passages remarquables de Pothier et de Domat tendraient à le faire croire. Les grosses réparations, dit l'un (*Commun.*, n° 272), « sont plutôt *recon-* « *structions* que réparations. » « L'usufruitier, dit à son tour « Domat (IV, 6), n'est pas tenu des grosses réparations, comme « *de rebâtir ce qui est tombé* sans sa faute. » Mais dans cette deuxième interprétation, aussi bien que dans la précédente, la mention de l'usufruitier est une naïveté. La distinction des grosses réparations en deux catégories, les unes résultant du cas fortuit ou de la vétusté, les autres d'une cause différente, qui serait apparemment la jouissance, cette distinction, dis-je, est peu fondée; d'autant mieux qu'elle aboutirait à libérer le nu-propriétaire dans le cas où l'équité milite surtout pour le grever. — Veut-on élargir encore l'article 607 et l'entendre des réparations d'entretien? On utilisera la mention de l'usufruitier, mais d'une manière si contraire aux sources, aux principes du droit et à l'équité qu'il vaudrait encore mieux s'attacher aux autres systèmes.

L'article 607 est un exemple du danger auquel on s'expose en extrayant une proposition d'un auteur et en l'isolant pour la convertir en loi. Dans le livre, elle était inoffensive, parce qu'elle était suivie d'explications et restrictions convenables, ou parce qu'on a pu les sous-entendre. Transplantée dans un Code, elle engendre, à l'aide d'inductions plus ou moins directes, une foule de conséquences inattendues.

Quand les propositions contradictoires sont puisées à des sources différentes, leur contradiction s'explique d'elle-même. Les premiers mots de l'article 600 ont été ajoutés après coup; les premiers mots de l'article 605-2° me paraissent empruntés au droit coutumier; l'article 607 est copié dans Ulpien. Faut-il

[1] Dans une leçon publique, en 1846; V. mes premières additions (1847) à mes *Notes théoriques sur le Code civil*, p. 495. M. Demolombe a donné depuis une explication analogue.

s'étonner de trouver entre leurs dispositions un défaut complet d'harmonie?

S'il est impossible de concilier les articles relatifs à notre question, la doctrine et la jurisprudence sont plus libres dans la recherche d'une solution équitable.

En principe général, le droit de *disposer* (art. 544, *jus abutendi*) renferme le droit de laisser dépérir la chose : qui peut détruire peut à plus forte raison ne pas réparer. En outre, de ce qu'une personne a un droit sur une chose, il ne s'ensuit point qu'elle ait un devoir par rapport à cette même chose. Mais cette idée générale doit évidemment souffrir exception, quand l'exercice du droit nuit à autrui. Le conflit d'intérêts se rencontre même à l'égard de celui qui a la *pleine* propriété, dans ses rapports avec l'État et les diverses fractions de l'État, dans ses rapports avec d'autres individus et surtout avec ses voisins (art. 1370-3°). Le même conflit se rencontre dans l'hypothèse où la pleine propriété a été scindée en plusieurs démembrements attribués à différentes personnes; il est évident que chacune de ces personnes doit non-seulement *s'abstenir* de faire ce qui porterait atteinte au droit de ses consorts, mais en outre *faire* les actes compris dans l'exercice de son droit personnel, lorsque l'inaccomplissement de ces actes entraînerait la perte du droit des autres : en un mot, tous les consorts doivent, quand l'intérêt commun est en jeu, agir comme un seul homme.

Cette idée s'applique à la communauté par indivis, au moins lorsqu'elle résulte d'un contrat de société (art. 1859-3°); elle s'applique à la mitoyenneté, soit des clôtures (art. 655), soit des bâtiments quelconques (art. 664-2°); — elle s'applique au cas où la chose est grevée d'une hypothèque (art. 2175) ou d'un droit de gage (art. 2080), et dans bien d'autres encore dont je ne saurais donner ici l'énumération complète.

Cette idée doit s'appliquer à l'hypothèse où la pleine propriété est scindée entre un usufruitier et un nu-propriétaire.

On l'a compris dès l'origine en ce qui touche l'usufruitier, parce qu'il a physiquement la chose en son pouvoir et qu'il en recueille tous les fruits; c'est lui surtout qui a la faculté et la tentation de nuire à l'autre; c'est lui qui absorbe les ressources nécessaires à l'entretien de la chose. Aussi, bien que son droit ne soit pas plus *réel* que celui du nu-propriétaire, bien qu'il

puisse aussi invoquer contre l'exercice du droit réel de nue propriété le fameux principe sur les servitudes, et dire qu'il est seulement tenu à souffrir ou à s'abstenir (15, § 1, Dig., *De servitutibus*), on n'a jamais hésité à reconnaître qu'il est tenu en outre à faire. Non-seulement il faut qu'il s'abstienne de dégrader, il faut qu'il répare, même quand la fin de l'usufruit semble imminente, et qu'il sacrifie une portion des produits pour atteindre ce but.

Ici je dois placer une observation qui se rattache à l'économie privée, science trop souvent oubliée au profit de l'économie politique. On voit facilement que le revenu net d'un fonds ne se compose que de l'excédant des fruits sur les frais de semence et de récolte. On s'aperçoit bientôt aussi que le revenu net d'une maison se compose uniquement de l'excédant des loyers sur le montant des réparations dont la nécessité se fait sentir à des intervalles rapprochés. Mais est-il bien sûr que la prudence rigoureuse soit satisfaite quand le possesseur a économisé le prix des réparations que nos coutumes nommaient viagères parce qu'elles durent à peu près autant qu'une génération? La prévoyance ne doit-elle pas embrasser un avenir plus éloigné et songer d'avance à l'époque où le salut de l'édifice entier sera compromis? Je le pense, quant à moi. Certaines sociétés anonymes, chargées d'exploiter des concessions séculaires, mettent en réserve, en dehors des dividendes qu'elles distribuent, une somme destinée à reconstituer leur capital et la remboursent aux actionnaires, réduits, pour le reste de la concession, à des actions de jouissance. Si l'on suppose qu'au dire des experts un bâtiment doit subsister un siècle, un bon propriétaire doit, à mon avis, se créer, avec le centième de son revenu, une sorte de fonds de réserve ou d'amortissement, consacré à rebâtir la maison dans cent ans. Je ne prétends pas toutefois que cette précaution soit entrée dans les mœurs; je sais trop que beaucoup d'employés consomment tout leur salaire, au lieu de se ménager une retraite. Aussi je ne propose point d'astreindre les usufruitiers à distraire une partie des fruits; je ne propose point de dire que les nu-propriétaires sont présumés avoir reçu de leurs auteurs des économies affectées aux reconstructions. Je veux seulement démontrer qu'il existe à cet égard, pour le sage père de famille, un devoir purement moral, susceptible de se convertir en obligation juridique, lorsque le propriétaire unique

se trouve représenté par deux ayants droit distincts. L'usufruit est aussi respectable que la nue propriété; celle-ci doit supporter son contingent dans les charges communes, et celui auquel elle appartient n'a pas le droit de se comporter *en mauvais père de famille*. Dans le système contraire, la chose est exposée à périr entre la mauvaise volonté du nu-propriétaire qui veut attendre l'époque où la jouissance lui reviendra et la prudence de l'usufruitier qui ne veut pas risquer un capital pour se procurer un revenu incertain; s'il ne veut ou s'il ne peut le risquer, sa jouissance se trouve fort iniquement paralysée; il est bien plus rationnel d'appliquer aux réparations, en la généralisant, l'antique [1] distinction des charges qui doivent peser sur le revenu et de celles qui doivent peser sur le capital. Cette distinction, assez mal précisée par le Code (art. 608, 609) et par les auteurs [2] en ce qui touche les impôts et autres dépenses, est des plus faciles à nettement formuler pour les réparations.

Il est temps de nous demander sur quels biens le nu-propriétaire peut être contraint à faire les grosses réparations. Et en effet, une considération fort équitable arrête ceux-là même qui voudraient rendre à l'usufruitier la possibilité matérielle de jouir de la maison : on ne saurait ruiner le nu-propriétaire et le poursuivre à outrance pour sauver un bâtiment qui, après tout, lui appartient; bien mieux, en le supposant riche, on ne saurait le contraindre à sacrifier le bien A pour préserver le bien B. A peine pourrait-on le soutenir s'il tenait le surplus de sa fortune de celui qui a constitué l'usufruit, et s'il y avait lieu de présumer que le constituant avait affecté d'autres valeurs à la reconstruction de l'édifice. Je m'empresse donc de faire une concession qui ne me coûte nullement. Les obligations du nu-propriétaire, comme celles de l'usufruitier, naissent de la chose et se limitent à la chose. Elles ne sauraient s'étendre au surplus de leurs biens [3]. Il y a mieux : je ne crois pas que le nu propriétaire soit forcé d'abandonner la chose entière [4]; tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il consente une constitution

[1] J'en trouve le germe dans le passage de Dargentré, cité plus haut.

[2] V. mes *Notes théoriques sur le Code civil*, n° 8327.

[3] V. Code civ., art. 699. — Poth., *Donations*, n° 239.

[4] En ce qui touche les réparations d'entretien, je n'admets pas qu'on puisse forcer l'usufruitier d'abandonner autre chose que les bénéfices nets périodiquement retirés de la maison.

d'hypothèque suffisante ou, au pis-aller, la vente de la chose [1]. Encore les tribunaux devraient-ils accorder des délais selon les circonstances. Faute de prêteurs et d'acheteurs, les choses devraient rester en état.

Sont-ce là des abstractions pures, bonnes tout au plus pour servir à la rédaction d'une loi nouvelle? Non : elles trouvent dans la lettre même du Code un appui suffisant et procurent mieux que la doctrine contraire la conciliation des divers articles sur les charges de l'usufruit. En effet, l'article 605-2° est tout d'abord expliqué et utilisé, au lieu d'être une redondance pure et simple. Il est mis en harmonie avec la règle de l'article 609 [2] à l'égard des *charges* qui peuvent être imposées *sur la propriété*, règle qu'on voudrait à tort, malgré la généralité de ses termes, restreindre aux charges qui constituent des créances au profit d'un tiers (compar. art. 612). Ceux qui poussent le scrupule jusqu'à vouloir appliquer des dispositions vagues ou inintelligibles pourront admettre des exceptions pour les réparations nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit, à cause de l'article 600 et pour les reconstructions radicales (ou même pour les grosses réparations) amenées par la vétusté ou la force majeure, à cause de l'article 607. Mais franchement, il me paraît plus rationnel d'écarter ici ces deux textes. D'une part, l'article 600 conserve assez d'applications possibles, soit au détriment de l'usufruitier, soit à son profit, pour qu'on le considère comme suffisamment concilié avec l'article 605-2°. A l'égard de l'article 607, il serait permis sans doute de l'interpréter par la dernière opinion de Pothier; mais, s'il est possible, en fait, de distinguer [3] le cas où la maison a *totalement péri*, où elle est *assolée*, comme disent d'anciens auteurs, du cas où elle

[1] Le Code semble indiquer ce moyen à l'égard de l'immeuble dotal qui a besoin de grosses réparations (art. 1558-5°). V. aussi l'article 612-4°. — On pourrait objecter qu'il en résulte une transformation de l'usufruit en un quasi-usufruit. Je réponds que cette transformation est admise par la loi elle-même quand les obligations des parties ne peuvent être accomplies directement. V. art. 602, 603.

[2] L'article 609 me parait constituer un progrès par rapport au droit romain. Il pourrait bien avoir été suggéré par un passage de Pothier (*Donations entre m. et f.*, n° 240. Dard le rattache à un arrêt du parlement de Paris du 7 septembre 1758, un peu antérieur au livre de Pothier.

[3] V. Doneau, *sup.*, p. 194, note. — La Bigotière, *sup.*, p. 196, note 2. — Delvincourt, p. 157, note 4.

est encore debout, tout en ayant besoin de réparations plus ou moins urgentes (compar. art. 1724), cela est peu rationnel au point de vue de l'obligation du nu-propriétaire. Je considère donc l'article 607 comme un pur vestige de la décision toute romaine d'Ulpien. Ce résultat ne doit pas beaucoup choquer les partisans du système contraire[1], qui voient dans ce texte « une disposition tout à fait inutile »

L'ancienne jurisprudence était favorable aux usufruitiers, du moins dans le XVIII[e] siècle; un arrêt de 1755, rapporté par Denisart, au mot « Usufruit, » condamne un propriétaire à exécuter de grosses réparations devenues nécessaires *avant* l'ouverture, malgré son offre de rembourser le montant des dépenses à la fin de l'usufruit. « Assurément, dit M. Duranton (n° 615, note), une pareille décision ne saurait être portée sous le Code sans être exposée à la cassation (art. 600). » Un autre arrêt rendu sur délibéré, le 2 avril 1761, condamne les ayant cause d'un propriétaire à faire reconstruire une grange et une bergerie tombées de vétusté plusieurs années *après* l'ouverture du droit (Lacombe, mot *Usufruit*, sect. 2, n° 12). « Aujourd'hui, dit encore M. Duranton, deux dispositions s'opposeraient à une telle décision, celles des articles 600 et 607. » Ces deux dispositions ne sont point nouvelles, comme le ferait croire le langage du savant professeur; elles étaient connues sans aucun doute des juges du XVIII[e] siècle, et ne doivent pas davantage arrêter les tribunaux du XIX[e].

Un jugement du tribunal civil de Caen, rendu le 10 décembre 1839[2], et conforme à la doctrine que je défends, a fort bien réfuté l'objection tirée de l'article 600. Voici les termes du jugement : « Attendu que les grosses réparations sont à la charge « du propriétaire; que l'article 605 ne distingue pas les époques « auxquelles les réparations sont à faire; que l'article 600 « oblige bien l'usufruitier à prendre les choses dans l'état où « elles sont, mais que cela doit s'entendre en ce sens que l'usu- « fruitier ne peut exiger que le propriétaire exécute les travaux « qui seraient à faire *pour terminer la construction* d'un bâ- « timent, par exemple, ou ceux entrepris *pour l'amélioration* « d'un fonds, mais non des réparations nécessaires pour main-

[1] Entre autres M. Demolombe, n° 587.

[2] *Journal du Palais*, 1841, p. 159. — Devill , 1841, II, 5.

« tenir l'immeuble en état de servir, parce que si le propriétaire n'est pas tenu d'améliorer à ses dépens la condition de « l'usufruitier, l'un et l'autre sont tenus d'entretenir la chose en « bon état, chacun dans la limite de ses obligations; d'où suit « que si, à l'ouverture de l'usufruit, elle a besoin de grosses « réparations, elles doivent être faites par le propriétaire, « comme celles d'entretien doivent être faites par l'usufruitier, etc. »

Observons en passant que plusieurs jurisconsultes, qui invoquent l'article 600 contre l'usufruitier, pour les grosses réparations, l'invoquent également à son profit pour les réparations d'entretien [1]. Peut-être sont-ils conséquents avec eux-mêmes à un certain point de vue; mais la bizarrerie pratique de leur système est ainsi complétée; il en résulte que les bâtiments en mauvais état sont voués à la destruction, du moment qu'un usufruit est établi dessus. L'usufruitier est dispensé d'entretenir, et plus tard les deux parties sont dispensées de pourvoir aux grosses réparations qu'occasionne le défaut d'entretien, si elles ne sont poussées par le bon sens et par la force des choses à consentir la répartition équitable omise, dit-on, par le législateur [2].

Les applications que le tribunal de Caen assigne à l'article 600 ne sont pas les seules; elles ne sont pas d'ailleurs contestées par ceux-là même qui voient dans la décision du tribunal une violation de cet article [3].

Quoi qu'il en soit, la Cour de Caen [4], dans son arrêt du 4 novembre 1840 (*J. du P.*, ib.), par lequel elle infirme le jugement de première instance, laisse complétement de côté l'article 600. Elle invoque surtout la nature *réelle* de l'usufruit et le principe général des servitudes; elle invoque aussi l'équité : « S'il « y a quelque inconvénient, dit-elle, à ce que l'usufruitier « puisse se trouver privé d'une partie de la jouissance, s'il ne

[1] MM. Duranton, Demolombe, Demante, etc.

[2] Observez que, suivant un arrêt de Caen (15 mai 1850, Devill., 1852, II, 282), proclamé *très-juridique* par M. Demolombe, le constituant ne préviendrait pas ce résultat en ordonnant que les réparations d'entretien *resteront à la charge* de l'héritier. Avis aux testateurs : ils devront dire que le propriétaire est *obligé* ou *tenu* de réparer.

[3] M. Duranton, n° 594. — M. Demolombe, n° 458.

[4] V. dans le même sens, arrêt de Douai, 2 déc. 1834. (Devill., 1835, II, 29.)

« veut (j'ajoute, s'il ne peut) faire l'avance de certains frais de « réparation, il y aurait un plus grand inconvénient encore à « contraindre le nu-propriétaire à *débourser des sommes* plus ou « moins *considérables* dans l'intérêt d'un usufruit dont il sera « peut-être privé *toute sa vie*, et pour un immeuble qu'il n'a « peut-être pas même *intérêt à conserver*..... »

Si le nu-propriétaire n'a aucun intérêt à conserver la chose, il ne peut se plaindre qu'on lui impose une obligation dont l'abandon suffit pour le libérer. — Si, ce qui est plus ordinaire, il trouve la dépense trop forte, qu'il exige la vente de la chose, à moins que l'usufruitier n'avance la somme ou ne trouve un bailleur de fonds qui consente à prêter sur la chose seulement.

A l'égard de la considération tirée de ce que l'usufruitier peut survivre au nu-propriétaire, elle n'avait pas grande force dans l'espèce où le nu-propriétaire était une *commune* (comm. d'Avenay contre Regnault) donataire entre-vifs, sûre de profiter tôt ou tard de ses avances.

Ceci me suggère l'hypothèse où la cause de l'usufruitier est le moins favorable possible : c'est celle où il a cédé la nue propriété d'une maison en très-mauvais état, pour forcer le cessionnaire à la réparer gratuitement. Dans ce cas même, le propriétaire n'a rien à perdre, puisqu'il peut exiger, selon moi, que la chose soit vendue. Mais s'il l'avait acquise à titre onéreux, on lui accorderait, suivant les cas, la rescision pour cause de dol.

Le nu-propriétaire était également une personne morale dans l'espèce récemment soumise à la Cour de Paris (Riario Sforza contre l'Université, *J. du Palais*, 1861, 159). L'usufruitier, sans doute à cause de l'urgence des réparations, avait jugé convenable de citer en référé le ministre de l'instruction publique, comme représentant l'Université. La demande a été repoussée par une ordonnance du président, rapidement motivée sur ce que « ... les grosses réparations... ne peuvent, en aucun cas, « être exigées par l'usufruitier pendant l'usufruit. » Si je ne me trompe, c'est précisément ce qui était en question. Cependant la Cour, dans un arrêt confirmatif du 11 octobre 1860, s'est bornée à reproduire la formule banale :

« La Cour, adoptant les motifs *des* premiers juges, con- « firme... »

Cette sorte de *déni de motifs*, s'il n'apporte aucune lumière

nouvelle à la discussion, doit au moins faire craindre que la controverse ne semble tranchée définitivement contre l'usufruitier.

La plupart des adversaires, il est vrai, consentent à lui concéder indirectement ce qu'ils lui refusent directement, et lui attribuent la répétition des frais de reconstruction qu'il aurait avancés lui-même. Cette concession, insuffisante pour un usufruitier qui manque de capitaux, est d'ailleurs plus ou moins restreinte suivant les goûts. Quelques-uns [1] la réduisent à la plus-value subsistant lors de l'extinction de l'usufruit, et laissent au compte de l'usufruitier les accidents intermédiaires.

Les partisans de ces diverses décisions sont assez embarassés pour les concilier avec les principes du droit et pour démontrer qu'on a l'action de gestion d'affaires en agissant avant tout pour son profit personnel (l'usufruitier ne répare évidemment que pour rendre sa jouissance possible), et malgré le maître qui, par hypothèse, refuse de se rendre débiteur des frais. J'avoue que je les considère comme coupables d'inconséquence. Dans mon système, au contraire, il est tout simple que l'usufruitier, payant la dette d'autrui, répète ce qu'il a payé. J'ajoute que le recours ne doit pas être plus étendu que l'obligation même, et que le nu-propriétaire pourra toujours se libérer, soit en abandonnant la chose, soit en la faisant vendre ou hypothéquer jusqu'à concurrence de sa valeur. En ce sens, le recours peut être immédiat; l'usufruitier qui le diffère s'expose à n'avoir plus tard qu'un terrain nu pour garantie. S'il diffère son recours pour éviter qu'on vende la chose avant la fin de l'usufruit, il doit renoncer aux intérêts de ses déboursés. Réciproquement, il doit tenir compte des intérêts au nu-propriétaire qui a consenti à remplir son obligation. En effet, il doit supporter sa part dans le sacrifice qu'entraîne la reconstitution du capital. L'application des articles 609 et 612 à ce cas ne souffre pas de difficulté sérieuse, puisqu'elle n'est contrariée par aucun texte formel, ce qui permet d'écarter la solution contraire de Pothier [2], unique-

[1] M. Duranton, n° 615, aux notes. — M. Demol., n° 593. Ce dernier auteur refuse toute indemnité quand la maison a péri avant la fin de l'usufruit; n° 594, contre Proudhon.

[2] *Donations entre mari et femme*, n° 240. — Dans le même sens, M. Duranton, n° 618. — M. Demolombe (n° 596) reproduit l'argument littéral de Pothier, en l'appliquant à l'article 605. Mais l'usufruitier n'est pas plus tenu des charges qui pèsent sur la propriété que des grosses réparations, et cela

ment fondée sur un argument littéral tiré de l'énumération des charges usufructuaires par la coutume de Paris.

Je formule encore une fois, pour conclure, le tempérament avec lequel doit être entendu, ce me semble, l'antique principe d'après lequel les servitudes n'astreignent pas à faire.

Toutes les fois que la propriété est décomposée en plusieurs droits élémentaires, les diverses personnes auxquelles ils sont attribués n'ont pas le droit de se nuire réciproquement. En thèse générale, il suffit que chacun souffre l'exercice du droit élémentaire qui appartient aux autres; bien plus, chacune est libre de ne pas exercer son droit individuel, et de le laisser perdre, si elle le juge à propos. Voici maintenant la restriction. Chacune, en exerçant son droit réel, doit souffrir la gêne nécessaire pour que le droit réel des autres puisse être exercé; chacune, en négligeant les actes conservatoires de son droit individuel, doit néanmoins faire ceux de ces actes dont l'omission entraînerait la perte du droit des autres.

L'application de cette idée restrictive est admise par la plupart des jurisconsultes, en ce qui touche le copropriétaire et l'usufruitier : ils ne peuvent changer la forme de la chose malgré leur consort[1]; ils ne peuvent davantage la laisser dépérir. Ainsi le non-usage n'est permis à l'usufruitier, malgré l'autre partie, qu'autant que la chose n'a pas besoin d'entretien. On admet encore volontiers que le nu-propriétaire ne peut exercer son droit de disposer (*jus abutendi*) de manière à entraver la jouissance; d'où suit qu'il le peut dans les cas assez rares où l'usufruitier n'en souffre aucun préjudice. Enfin je pense qu'on doit aller plus loin, et dire qu'il ne peut laisser périr son droit de nue propriété, lorsque cette négligence doit entraîner la perte du droit d'usufruit. Il n'est pas plus permis de nuire à

n'empêche pas que la contribution à laquelle le soumettent les articles 609 et 612 ne soit parfaitement équitable.

[1] J'ai fait observer ailleurs (*Notes sur C. civ.*, n° 5723) qu'il manque dans la langue une expression pour désigner ceux que j'appelle, faute de mieux, des *cotitulaires* de droits réels. Cette insuffisance du langage n'a pas été sans influence sur la solution de la question proposée. Ainsi M. Demolombe, n° 584, insiste sur ce qu'il n'y a aucune copropriété entre le nu-propriétaire et l'usufruitier. Il aurait donc décidé autrement s'il avait cru qu'il y eût quelque rapport analogue.

autrui par inaction ou par inertie[1] que par un fait positif.

Passons à une autre application du même principe.

§ 2.

Le propriétaire d'un édifice qui menace ruine est-il tenu de le réparer ou de le démolir, si le voisin menacé l'exige?

Nous venons d'examiner l'hypothèse où le propriétaire est en lutte avec un usufruitier; supposons maintenant que le conflit s'élève entre deux propriétaires voisins.

I. Voyons d'abord le cas où l'un d'eux a un droit de servitude, à l'exercice duquel est nécessaire le bâtiment endommagé. Le maître du fonds assujetti doit incontestablement souffrir que le maître du fonds dominant répare le bâtiment (C. civ., art. 697); mais ce dernier doit supporter les frais, si le titre constitutif ne dispose le contraire (*ib.*, art. 698). Donc le maître du fonds servant n'est pas obligé, en thèse générale, de faire exécuter lui-même les réparations.

La question s'est présentée dans l'espèce suivante.

La ville de Clamecy a un droit de passage sur une chaussée de 300 mètres appartenant au propriétaire d'un moulin dont le bief est bordé par cette chaussée. La ville avait revendiqué la propriété de la chaussée. Mais un arrêt de la Cour de Bourges, rendu le 9 juillet 1834, repoussa la revendication, à la charge toutefois par le propriétaire de laisser passer sur la chaussée la commune de Clamecy, laquelle était « déclarée avoir droit « au passage tel qu'elle l'exerçait avant et dans l'état où se « trouvaient présentement les lieux[2]. »

En 1854, la chaussée et le mur de soutènement se trouvèrent en mauvais état; des experts constatèrent que les dégradations du mur provenaient : 1° du défaut de fondations du mur qui avait été amené au niveau du bief par suite des curages opérés par le maître du moulin; 2° de sa mauvaise construction; 3° de l'infiltration des eaux. La commune de Clamecy conclut à ce

[1] Les termes de l'article 599 : « Le propriétaire ne peut *par son* FAIT, NI *de quelque manière que ce soit*, nuire aux droits de l'usufruitier, » font peut-être allusion au préjudice causé par inaction.

[2] *Journal du Palais*, 1861, p. 69. L'arrêt fonde le droit de la commune sur la *prescription* et le consentement des anciens propriétaires. (Compar. C. civ., art. 691 et 688-3°.)

que le propriétaire fût condamné à faire à la chaussée du bief les réparations indiquées par les experts.

Le 21 janvier 1858, un jugement du tribunal de première instance donna gain de cause à la commune, en se fondant sur ce que « les dispositions de la chaussée sont imposées par « des nécessités se rattachant à l'existence et à l'usage du bief « de l'usine, — sur ce que la création de cette chaussée est « tout artificielle, et que son maintien dans son état primitif, « notamment avec la hauteur et la forme des parois actuelles « du côté du bief, est nécessité par le besoin d'assurer la con- « servation des eaux amenées dans le bief pour assurer la « marche de l'usine... et parer aux effets de la variation quoti- « dienne du niveau des eaux. » Le tribunal ajoute que ces circonstances empêcheraient le propriétaire de se prévaloir de l'article 699 (c'est-à-dire de se libérer des réparations en abandonnant le fonds grevé) ; il constate plus loin que « les « eaux, dans leurs alternatives d'élévation et d'abaissement « pour la marche de l'usine, vont jusqu'à couvrir et envahir « toute la chaussée. »

La Cour de Bourges, par arrêt du 17 novembre 1858, infirme le jugement de première instance. Elle se tait sur la nécessité où pouvait être le maître du moulin de réparer la chaussée pour conserver le bief et l'appliquer à l'exploitation de son usine. Elle écarte toute prétention à indemnité à raison du dommage causé par l'action des eaux, et fonde sa décision principale, au sujet des réparations, sur les articles 697, 698 et 701 qui astreignent simplement le maître du fonds servant à souffrir les travaux nécessaires pour user de la servitude et à ne rien faire qui en diminue l'usage.

La ville de Clamecy s'est pourvue en cassation pour violation de l'article 1350, des articles 1382 et suiv., et pour fausse application des articles 697 et 698.

La chambre des requêtes [1] a rejeté le pourvoi par arrêt du 7 décembre 1859. La question de savoir si l'arrêt de 1834 avait pu, en déclarant l'existence d'une servitude, en limiter l'étendue à l'état des lieux au moment de la demande ou même de l'arrêt, a été plutôt écartée que tranchée. Elle est, du reste,

[1] MM. Nicias Gaillard, prés.; d'Esparbès de Lussan, rapp.; Blanche, av. gén. (concl. conf.); Tenaille-Saligny, av. (*Journal du Palais*, 1861, p. 71.)

étrangère au sujet de cet examen. La Cour a aussi refusé, avec raison, de voir dans l'action corrosive des eaux un fait personnel du maître du moulin. Enfin elle a basé sa décision en ce qui touche la dispense de réparer, sur ce que « les réparations à faire au mur de la chaussée du moulin étaient réclamées par la commune de Clamecy, comme travaux nécessaires « à l'exercice et à la conservation de son *droit de passage* sur « la chaussée; » sur ce que d'ailleurs « la considération de « l'état de choses » existant en 1834, « comme base des droits « respectifs des parties, n'entraînait, pour aucune d'elles, « l'obligation de l'entretenir à ses frais pour le service de « l'autre [1]..... »

Il semble, au premier coup d'œil, que cette décision soit contraire au principe que j'ai tenté d'établir plus haut. Il ne saurait dépendre, en effet, du propriétaire assujetti de paralyser l'exercice de la servitude. Mais il est facile de voir qu'il suffit au maître du fonds dominant de la faculté, qu'on lui accorde généralement et qui est à peu près écrite dans l'article 697, de faire lui-même réparer à ses frais le bâtiment de son voisin, ou du moins la portion du bâtiment nécessaire à l'exercice du droit. Au contraire, l'inaction du nu-propriétaire paralyse la jouissance de l'usufruitier; elle l'oblige à risquer une somme qui dépasse de beaucoup le revenu de la chose; tandis que la dépense de réparation d'un mur ne sera pas d'ordinaire un obstacle sérieux à ce que le maître du fonds dominant use de la servitude. Aussi la loi met dans le doute la dépense à sa charge et lui réserve seulement la faculté de stipuler le contraire.

II. La question est différente, quoi qu'on en ait dit [2], dans l'hypothèse où le voisin n'a pas de servitude qui lui confère le droit de faire certains travaux (art. 697), et en même temps lui impose la charge de les faire à ses frais (art. 698).

Un propriétaire, je le répète, n'a pas le droit de nuire à son voisin, fût-ce un simple particulier, en se retranchant sur ce que le droit réel de ce voisin n'astreint pas à faire.

[1] Cette induction est moins rigoureuse qu'il ne paraît. Les Romains tiraient l'obligation d'entretenir le mur qui soutient la charge du voisin (servitude *oneris ferendi*) d'expressions qui se référaient à l'état actuel de ce mur : *paries... uti nunc est, ita sit.* (Paul, 33, *Serv. prædd. urban.*) — V. cependant *Journal du Palais*, p. 69, note 1.

[2] V. *Journal du Palais*, 1861, p. 69, note 2, *in f.*

L'application de ce principe est écrite dans le Code pour divers cas particuliers : quand il s'agit de « FAIRE *les ouvrages* « prescrits par les règlements et usages, *pour éviter de nuire au* « *voisin*, » en construisant des puits, des cheminées, des forges, en établissant des amas de matières corrosives (art. 674); quand il s'agit de construire ou de réparer un mur de clôture dans une ville (art. 663), d'établir l'égout d'un toit (art. 681). Elle est écrite dans le Code pénal (art. 471-5°), pour la réparation ou démolition des *édifices menaçant ruine.*

En présence de ces textes, on peut bien encore soutenir que le propriétaire est libre de se nuire à lui-même en négligeant l'entretien de sa chose, encore que l'intérêt général en souffre indirectement [1]; mais on ne saurait prétendre qu'il soit libre de causer un préjudice direct par cette négligence, ni même d'exposer les autres à un préjudice plus ou moins imminent.

Une connaissance imparfaite du droit romain induirait aisément en erreur ceux qui voudraient en argumenter sur cette question. Les lois romaines proprement dites, qui constituaient le droit civil par opposition au droit prétorien, étaient fort insuffisantes, sans doute par suite des mœurs guerrières et des dissensions politiques des Romains. Elles n'avaient prévu que le dommage causé par les esclaves et les animaux, et laissaient au possesseur la faculté de se libérer par abandon noxal; les jurisconsultes en concluaient *à fortiori* que le possesseur de la maison écroulée jouissait du même avantage [2]. Il ne pouvait même être forcé d'enlever les décombres; il lui suffisait de les abandonner [3]. — Les préteurs voulurent porter remède à cet état de choses; mais faute d'avoir le pouvoir législatif, ils n'osèrent pas créer une action en dommages-intérêts; ils prirent un détour et usèrent de leur autorité judiciaire pour forcer le propriétaire de l'édifice en ruines à promettre une indemnité dans les formes requises pour la stipulation, et à donner un fidéjusseur. Le voisin acquérait ainsi l'action *ex stipulatu* [4],

[1] Cette proposition, évidente en droit positif, est contestable en théorie pure. V. mon *Droit constit.*, n° 622.

[2] Ulpien, 7, § 1, *De damno infecto.*

[3] Gaïus, 6, *eod.*

[4] Il ne faut pas transformer cette action en action *damni infecti* ou *de damno infecto*, comme le font des jurisconsultes modernes. V. *Journ. du P.*, sup., note 2; Henrion de Pansey, ch. 38.

sinon il obtenait successivement deux envois en possession, dont le second conduisait à la propriété. Ces subterfuges du droit prétorien sont inutiles chez nous. Le principe qui astreint à réparer le dommage causé à autrui suffit pour créer une action en indemnité; aussi l'intervention du magistrat pour extorquer du propriétaire de la maison endommagée une promesse obligatoire, par une menace d'envoi en possession [1], a dû tomber en désuétude. On ne saurait donc prétendre qu'il faille se renfermer dans les mêmes restrictions que le préteur, ni conclure de ce qu'il n'a pas osé ordonner la démolition ou la réparation, que le législateur moderne a dû reculer devant ce résultat. — Du reste, on a aussi argumenté du droit romain en sens contraire [2]. Et en effet le préteur, et Justinien qui donne force de loi au Digeste, ne sont point arrêtés par la circonstance que le dommage n'est pas encore accompli (*damnum nondum factum, quod futurum veremur*, Gaïus, 2, *eod.*).

L'ancienne jurisprudence française consacra cette interprétation, Domat (II, 8, sect. 3), après avoir reconnu que la forme de l'envoi en possession ne doit plus être observée, décide sans hésiter la question en faveur du voisin. « Il peut, dit Domat, « sommer le propriétaire du bâtiment en péril de ruine de le « démolir ou de le réparer, de sorte qu'il fasse cesser le péril; « faute par le propriétaire d'y pourvoir, il peut demander par « provision qu'il lui soit permis de faire lui-même ce que les « experts jugeront nécessaire pour prévenir la chute du bâti- « ment, soit en l'appuyant ou démolissant s'il est besoin, et il « recouvrera contre le propriétaire la dépense qu'il y aura « faite [3]. »

Quand il y a conflit entre les sources, il est probable que le législateur s'est inspiré de la source immédiate [4]. La pensée de Domat a sans doute influé sur les rédacteurs de l'article 1386 plus que l'édit du préteur. S'ils ont négligé de s'expliquer sur

[1] Le tribun Bertrand de Greuille, dans son rapport, affirme que « la seule appréhension du mal *donnait ouverture à l'action.* » Cette erreur atténue beaucoup la force de son opinion : le Code, dit-il, veut avant tout que le mal soit constant.

[2] Maleville, sur l'article 1386. — Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, ch. 38.

[3] Le *Journal du Palais* cite dans le même sens Rousseau de la Combe, *Jurispr. civ.*, mot *Dommage*, sect. 3.

[4] V. mon *Manuel de logique juridique*, p. 45.

la nécessité de prévenir le dommage, c'est qu'ils étaient préoccupés de la responsabilité qui astreint à payer une somme (Comp. art. 1382, *in f.*), et suppose évidemment un préjudice accompli. La généralité de leurs expressions démontre que la chute de l'édifice oblige à indemnité, bien qu'elle n'ait pas été précédée d'une dénonciation du voisin, comme le voulait Domat (n° 4), par une induction vicieuse des règles du droit romain. Donc il n'est pas besoin, pour utiliser l'article 1386, d'en conclure, par un argument *à contrario* fort suspect, que le voisin doit patiemment attendre la *ruine* qui, seule, engendrera sa créance.

Est-il donc bien sûr que la menace d'un préjudice plus ou moins imminent ne cause elle-même aucun préjudice immédiat? Croit-on, si le voisin possède une maison louée, que les locataires regarderont leur jouissance comme paisible, à raison de l'action en indemnité que l'article 1386 assure à leur bailleur? Le témoignage d'Ulpien [1] prouve que cette supposition n'a rien d'imaginaire. D'ailleurs, sans invoquer ici l'autorité d'un auteur comique bien connu, je crois pouvoir affirmer que la crainte d'un danger sérieux constitue par elle-même un mal présent.

Les adversaires du système que je défends le comprennent bien; mais ils nous rassurent en nous promettant la protection de l'autorité administrative [2]. La question se transforme en une difficulté de compétence. Mais si le pouvoir judiciaire n'a pas mission d'ordonner d'office une démolition, il est compétent pour constater l'existence des obligations et surtout des obligations qui accompagnent le droit de propriété. Il est possible que l'autorité municipale n'apprécie pas l'imminence du danger, ou ne la juge pas assez grande pour intimer l'ordre de démolir. Il est possible que le voisin ait ignoré qu'il pouvait prendre la voie administrative. D'ailleurs elle est insuffisante pour constater le dommage causé par la retraite des locataires, par la cessation des travaux d'une usine, par les précautions

[1] « In eadem causa est detrimentum quoque propter *emigrationem inquilinorum*, quod ex *justo* metu factum est. » (Loi 28, *De damno infecto.*)

[2] Loi des 16-24 août 1790, tit. 11, art. 3; Code pénal, art. 471-5°. Ces articles reconnaissent du reste, implicitement, l'existence de l'obligation de réparer ou démolir.

que le voisin a dû prendre dans son propre intérêt, par l'impossibilité où il s'est trouvé d'améliorer son immeuble ; elle est insuffisante à plus forte raison pour fixer le montant de l'indemnité [1].

Je crois donc qu'aujourd'hui encore il est permis de prendre la voie judiciaire, comme le proposent Domat et Maleville, l'un des rédacteurs du projet de Code civil.

La jurisprudence est partagée. On cite en sens contraire un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 17 mars 1825; mais par un arrêt plus récent [2] la Cour de Rennes a consacré l'affirmative. L'arrêt de Bourges, cité plus haut, est spécial à l'hypothèse où le voisin revendique l'exercice d'une servitude [3], et se place ainsi sous l'application de l'article 698. Il en est de même de l'arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation (p. 211), où l'on a cru voir [4] la confirmation de la doctrine opposée. La chambre des requêtes proclame, il est vrai, dans son dernier considérant, que « l'obligation imposée par la loi au propriétaire d'un édi- « fice de réparer le préjudice causé par sa ruine, ne saurait être « convertie en obligation de *l'entretenir au profit d'autrui*; » proposition qui me paraît vraie; mais la Cour n'a pas encore déclaré que l'obligation de réparer le préjudice causé par la ruine accomplie est exclusive de l'obligation de démolir (si mieux on n'aime réparer) pour prévenir le préjudice que causerait la ruine future [5].

FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

[1] Quand le propriétaire est absent, il faudra presque toujours réparer plutôt que démolir, et la voie judiciaire est alors indispensable. L'article 112 favorise cette décision par la généralité de ses termes.

[2] Le 23 mars 1843, *Journal du Palais*, 1844, II, p. 266.

[3] V. ci-dessus, p. 210-211. Il ne parait pas que la commune de Clamecy ait allégué que la ruine de la chaussée dont elle demandait la réparation exposât les habitants à des dangers et notamment à une inondation.

[4] *Journal du Palais*, 1861, p. 69, note 2.

[5] L'obligation de *faire* se réduit à supprimer la cause du danger.

DE LA TENTATIVE,

Par Nicolas NICOLINI, ex-professeur de droit à l'Université royale des études de Naples, et ancien avocat général du roi près la Cour suprême de justice [1];

Traduit en français par M. Jules LACOINTA, docteur en droit, substitut du procureur impérial près le tribunal de première instance de Castres (Tarn).

A MON FILS JEAN-BAPTISTE NICOLINI, EXTRAIT DE MES LEÇONS.

SECTION Ire.

DÉFINITIONS ET PRINCIPES.

1. En écoutant mes leçons sur la *Tentative* des infractions et sur la *complicité*, vous me paraissez, mon fils bien-aimé,

[1] Ces pages, adressées par Nicolini à l'un de ses fils, appartiennent au tome second, n° 21, des *Questions de droit*, que ce savant napolitain a *traitées dans ses réquisitoires, ses discours et ses autres écrits judiciaires* (Naples, 1844, p. 215 à 289).

La théorie de la tentative touche aux principes les plus élevés du droit criminel et de la psychologie. Nicolini a écrit sur cette matière, en Italie, où elle a été particulièrement élaborée, le travail le plus complet que nous possédions. Son style, quoique en général plein de noblesse, peut donner lieu quelquefois au reproche de prolixité. Nous nous sommes efforcé de rendre aussi fidèlement que possible la pensée de l'auteur; et sans chercher, dans une traduction le plus souvent littérale, à substituer entièrement le caractère de notre langue à celui de la langue italienne, nous avons modifié les formes de style par trop disparates à nos yeux. Pour ne pas excéder les limites de cette publication, nous avons dû retrancher la plupart des notes, aussi développées que savantes, dont Nicolini a accompagné ce traité. — Nous n'adoptons pas assurément toutes les idées, pas même, d'une manière absolue, les principes fondamentaux de son système; loin de là : nous ne nous associons point à la vivacité des attaques qu'il dirige contre notre législation pénale; nous nous serions permis plus d'une fois d'émettre nos observations critiques, si nous ne nous proposions de les exposer bientôt dans un essai spécial sur la *Tentative*. Nicolini attache peut-être trop de prix à l'interprétation philologique. Dans l'étude de l'histoire, il donne souvent, ce semble, aux événements et aux lois un sens et une portée contestables. Mais on reconnaît dans cette œuvre, comme dans tous ses écrits, le résultat de la puissante rénovation accomplie dans la science par Gravina et

avoir impatiemment attendu la solution de certaines difficultés, tous les jours reproduites par quelque jurisconsulte, soit italien, soit français. Je désire que vous les résolviez vous-même, non-seulement en lisant mes écrits et en méditant tout ce que j'ai dit dans ma chaire, mais encore en remontant aux sources et aux autorités que j'ai citées, particulièrement en scrutant les origines et l'histoire de cette partie du droit. Je soutiens qu'il est contraire à la nature des choses et à la conscience universelle d'infliger la peine du méfait consommé à quelqu'un des actes qui l'ont précédé, et que, par conséquent, ce n'est ni juste ni politique; l'autorité de l'antique sagesse romaine s'y oppose; l'article 2 du Code pénal français n'est pas emprunté au véritable droit romain, comme le prétendent quelques écrivains, mais il provient d'une association inexacte, qui tend à comprendre un acte non consommé dans la phase criminelle où le méfait est passible de châtiment. Je soutiens, enfin, que le véritable droit de l'antiquité est rétabli dans sa pureté par les articles 69, 70, 71, 72 et 73 de notre législation pénale actuelle, et que ces articles ont eu pour précurseur, comme ils peuvent avoir aujourd'hui pour les interpréter et les commenter, l'usage constant de la jurisprudence napolitaine[1]!

Vico; on y constate les distinctions, entrevues d'abord par Alciat, mieux indiquées par Beccaria, rendues lumineuses par les précisions de Romagnosi; sur quelques points, on est frappé d'une finesse d'aperçu qui rappelle Carmignani. L'illustre Napolitain ne néglige l'examen d'aucune des productions de cette école italienne, si éloquemment synthétisée, à la même époque, dans l'éclectisme de Rossi. Profondément imbu de tous les grands souvenirs de la littérature ancienne et moderne, Nicolini les invoque à l'appui de ses opinions, comme pour gagner à sa cause les génies bienfaisants qui ont honoré l'humanité. En un mot, s'il n'a pas le style net, rigoureux, éminemment juridique de Romagnosi, ni un spiritualisme aussi épuré que celui de Filangieri, auquel, nous le disons à regret, il semble préférer Bentham, on ne peut nier qu'il ne déploie partout une richesse d'érudition qui le place, à ce point de vue, au premier rang des criminalistes italiens. Dans la discussion psychologique et doctrinale, on discerne en lui un maître de la science, et alors même qu'on ne partage pas son sentiment, on est contraint de rendre hommage à l'ampleur peu commune de son enseignement. — Ce traité sur la *Tentative* n'étant pas compris au nombre des extraits traduits et publiés à Paris, en 1851, par M. Flotard, nous avons cru qu'un ouvrage d'un tel intérêt serait accueilli, en France, avec faveur. Les amis des études juridiques savent que Nicolini a été, il y a quelques années à peine, enlevé à la science. (*Avis du traducteur.*)

[1] ARTICLE 69. (*Méfait manqué.*) Quiconque, avec volonté de commettre

2. Il convient de commencer, ainsi que nous en avons l'habitude, par la définition de ces termes de droit, qui sont les mots propres pour désigner les points les plus saillants de l'action criminelle, depuis le premier mouvement de l'âme jusqu'à l'exécution entière du projet; mais il ne faut jamais perdre de vue la différence qui sépare le sens vulgaire de ces mots du sens qu'ils ont à l'école. Le sophisme existe là où une loi fait usage d'un mot dans une signification vulgaire, en lui attachant une sanction pénale, qui lui est conservée, sans changement aucun, lorsque ce mot est employé dans son sens philosophique. Le sophisme existe aussi lorsque le terme est marqué d'un sens philosophique étroit, et qu'en l'interprétant on l'étend au sens vulgaire. Dans quelques lois anciennes, par exemple, nous lisons : *on punit la conception, on punit la volonté, on punit la résolution;* mais on ne comprenait pas dans ces expressions, comme le pensent certains philosophes, le seul cours interne des mouvements de l'âme [1]. De même, dans la vie ex-

un méfait, arrive à des actes tels d'exécution, qu'en ce qui dépend de lui il ne manque rien pour l'accomplir, — si ce méfait n'a point lieu par suite de circonstances fortuites et indépendantes de sa volonté, il est passible d'une peine d'un degré moindre que celle du méfait consommé, sauf les exceptions dans quelques cas particuliers prévus par la loi.

ART. 70. (*Méfait tenté.*) La tentative d'un méfait qui n'a pas eu lieu par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté du coupable, si elle s'est manifestée par des actes extérieurs très-proches de l'exécution, tels cependant qu'il reste encore à leur auteur quelque autre acte à faire pour arriver à la consommation de ce méfait, est passible d'une peine d'un ou de deux degrés moindres que celle du méfait consommé, sauf encore les exceptions en quelques cas particuliers prévus par la loi.

ART. 71. Les tentatives des délits et des contraventions ne sont imputables que dans les cas spécialement déterminés par la loi.

ART. 72. Dans les crimes manqués ou tentés, relativement auxquels cependant les actes d'exécution constituent par eux-mêmes un crime consommé, on comparera la peine de ce crime consommé et celle du crime tenté ou manqué, et l'on appliquera la plus forte.

ART. 73. Si le cours du crime a été interrompu par le repentir du coupable, alors celui-ci n'encourra que la peine des actes déjà exécutés, en tant qu'ils sont considérés comme crimes par la loi.

[1] Ici Nicolini a placé une note très-intéressante et très-développée sur chaque phase interne de la pensée criminelle. Il fait remarquer le *consiglio* (conception ou dessein), qui nous paraît représenter la part de l'*intelligence;* — puis, au sujet de la *volonté*, les cinq degrés de la *volontà : voglia* (envie), *desiderio* (désir), *intenzione* (intention), *proponimento* (projet), *impulsione all' atto esterno* (impulsion vers l'acte extérieur); enfin, quant à la *sensibi-*

terne, *l'effort* (*conato*) ne s'entend pas seulement de l'essai de surmonter l'obstacle, pas plus que la phrase, *on punit l'attentat* (*attentato*), ne s'entend de la seule démarche et du premier mouvement vers un *effet* (*effetto*). Mais si l'on n'y attache pas l'idée d'une consommation entière de l'acte, tout au moins on désigne la partie du fait qu'il a été dans le pouvoir de l'homme d'accomplir. Cette première irruption appartient tout entière à la cause intelligente, qui en a produit et exécuté le dessein ; le reste, cette impulsion donnée, suit la loi universelle qui dirige les forces actives des corps mis en mouvement.

3. Dans le langage vulgaire, qui fut toujours celui des anciens législateurs, les expressions juridiques de *conception*, de *volonté*, d'*effort*, d'*attentat*, d'*effet*, eurent donc des significations assez complexes, quoique graduées. La première de ces expressions se lie aux suivantes, et l'une retient toujours quelque chose de l'autre. Les philosophes les ont ramenées, avec leurs abstractions, à certaines idées plus précises : le *conatus* est devenu, à proprement parler, *l'état d'effort* (*stato di sforzo*), distinct dans l'esprit de l'homme de l'acte effectif, tandis que le langage vulgaire confond dans le *conatus* les premiers et en même temps les derniers mouvements d'un corps déjà poussé vers un point. *Vis in conatu, la force dans l'effort*, fut la puissance capable de se mouvoir, mais qui ne s'est pas encore mue. Les physiciens néanmoins osent faire à ce sujet une supposition si abstraite, qu'ils considèrent toujours une série de mouvements incessants, mais infiniment petits, au point qu'ils ne sont pas sensibles pour l'homme. Cet *effort*, que quelques-uns appellent *force morte* (*forza morta*) et que les anciens appelaient *force en suspens* (*vis suspensa*), *force qui cesse d'agir* (*vis cessans*), *la force inactive* de Dante (*forza in cesso*), fut, par conséquent, dans la pensée de certains philosophes, non l'effet ni le commencement de l'effet, mais la cause prochaine de l'effet ; dans la pensée commune, au contraire, cette expression désigne tout le cours de l'action, tant qu'elle n'a pas atteint le terme. Pour chaque point de ce cours de l'action, en ce qui concerne la partie qu'on en a accomplie, la puissance s'est déjà réduite en acte ; mais pour la partie qui est encore à accomplir jusqu'à

lité, ces trois modifications successives de l'*affetto* : *desiderio* (désir), *perturbazione* (trouble), *passione* (passion). Cette note est une véritable étude psychologique. (*Note du traducteur.*)

la fin, elle est tout entière dans *l'état d'effort*, et elle peut toujours être arrêtée et déviée. On ne doit donc pas blâmer l'exacte appréciation des anciens Romains, si tout point d'un tel cours, jusqu'au but extrême, était appelé *conatus* (*effort*) et *tentamentum* (*tentative*), ce qui dans notre langage est dit *tentativo*. Chacun de ces points indique aussi une *volonté réalisée* (*volontà attuata*); mais relativement à l'effet complet, c'est seulement *ausus*, je veux dire *si non perfectio, at conatus tamen atque adumbratio*[1]. Par cela même, en effet, que l'*audere*, l'*ausus* est parvenu seulement à montrer et à faire comprendre l'acte poursuivi, il est certain que sa force n'était pas suffisante pour surmonter tous les obstacles possibles qui en empêchaient l'accomplissement. Il est absurde de dire que la *tentative* et l'*effet* indiquent la même chose et produisent le même dommage social. Dans la tentative il n'y a qu'une probabilité de danger et une crainte, pourvu que l'acte s'arrête, à peine le coup lancé par le coupable. Je sais que le coup seul, quand il a pour but *l'effet*, peut mériter une peine; mais cette peine ne peut jamais être la même que celle infligée à *l'effet*. Je sais aussi, quant aux faits extérieurs attribués à l'homme, que la nature des choses les lui rend imputables par la seule impulsion volontaire qui les produit; j'entends lorsque c'est avec force et d'une telle manière que ces faits, en suivant leurs lois physiques, sont conduits à aboutir nécessairement à l'effet dommageable. Si cet effet est l'effet voulu, l'homme est responsable pour avoir mis en action la connaissance du rapport qui existe entre l'instrument qu'il a employé et l'effet qu'il a voulu atteindre. Mais, si cet effet n'est pas advenu, il est clair ou que l'agent a voulu l'impossible, — ce qui le fait passer plutôt pour un sot que pour un coupable, — ou que la pensée génératrice de la volonté n'a pas su prévoir ces jeux du hasard et des circonstances extérieures qui exigeaient d'autres moyens et une autre direction de force. La *conception* de l'infraction s'appellerait alors mal à propos *consiglio*, et le mouvement aveugle serait inexactement dit *proposito e volontà* : pour les appeler ainsi, il est nécessaire que ces faits soient tellement efficaces et complets, que l'effet en jaillisse tout entier. Ce qui manque à l'effet par suite des causes qui agissent en dehors de

[1] Métaphore prise de la peinture. (Cic., *Or. ad Brutum*, 29.)

l'homme et qui font échouer son dessein, n'est-il pas dû peut-être, en partie, au défaut de l'esprit qui ne s'est pas préoccupé de prévenir ces causes, en saisissant un moment plus propice pour mieux assurer la réussite de ses moyens et pour donner une direction plus sûre à ses coups? La *volonté* de produire un *effet dommageable*, si elle n'a été manifestée que par ces seuls premiers actes extérieurs d'un commencement d'exécution, présente par conséquent, de sa nature, une perversité moindre et un danger moindre que la volonté qui a été préparée avec un soin si parfait et d'une manière si efficace qu'elle a atteint tout l'effet. Pour punir complétement la volonté, celle-ci doit donc être unie à *l'effet* lui même. La *conscience universelle*, écho constant de la voix de la nature, ne peut entendre une punition *di consiglio e volontà*, si l'on ne donne pas une telle signification à ces expressions. Quel cœur froid ne s'indignerait pas au supplice du malheureux qui verrait, plein de vie et de santé, parmi les spectateurs de ses tourments, celui contre lequel il aurait vainement dirigé ses coups, puisque ou sa main aurait manqué de fermeté, ou son esprit de prévoyance?

4. Telle fut la signification de ces expressions dans les lois anciennes, dérivées de la nature des choses et de cette équité, à laquelle sert d'appui la conscience universelle. Cependant l'abus s'introduisit facilement dans l'intelligence de ces lois, particulièrement quand le pouvoir de les appliquer et de les interpréter fut confié à des hommes intéressés à prendre dans le sens des écoles des expressions employées dans un sens légal. En voulant par une vengeance furieuse punir la pensée de l'homme, ainsi que les premières manifestations de cette pensée, ils dissimulèrent leur cruauté derrière l'autorité du droit des anciens. Il arriva ainsi que lorsqu'ils dirent : *on punit la volonté ou l'effort*, ils entendirent *la volonté nue et l'effort nu*[1]. C'est pour cela que le jurisconsulte Tryphoninus, né au temps de Marc-Aurèle, et qui, après avoir tremblé sous le meurtrier de Papinien, savoura la paix d'Alexandre-Sévère, voulut rappeler précisément le sens de ces mots *consilium* et *voluntas* : les anciens, fit-il remarquer, n'exprimaient point par ces termes la seule détermination interne de l'âme, c'est-

[1] *Eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt..... ex eo tempore, quo hanc cogitationem subiit, propter cogitationem dignus est pœna.* (Cod. IX, 8, L. 5 et 6, *Ad legem Juliam majestatis.*)

à-dire *si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit,* et pas davantage la forfanterie et la proposition faite à autrui, *non propositionem solam nec si id se facturum jactaverit;* il fit observer que par *consilium* ils entendaient souvent, après les impulsions d'une volontée déterminée, le passage réel à quelque acte d'exécution. Les anciens ajoutent même que l'appréciation complète devait résulter du fait accompli et non de conjectures incertaines : *qui ipso facto criminis initium mente deduxerit; ut qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matremfamilias corruperit, si modo ejus mentis sit : ...tamen oportere eadem hæc crimina assumpto actu intelligi, ...cum aliquo actu intelligi constat*[1]. Dans ce fragment, mon fils, je désire ardemment que vous vous arrêtiez sur ces mots, *assumpto actu :* ils montrent une partie du fait déjà consommée, dans le même sens que nous adoptons dans Celse, *assumpto cibo,* et dans Tacite, *assumpta uxore, assumptis armis.* C'était cette partie du fait déjà consommée, non la partie qui restait encore à accomplir, que l'on pouvait punir par des lois justes.

5. Que si un fait défendu par les lois est toujours quelque effet d'une action physique, un changement d'état causé par le mouvement, si tout mouvement, quelle que soit sa rapidité, est toujours divisible à l'infini dans l'espace qu'il parcourt, et si, dans cette division, tout degré auquel se rapporte l'acte dans son cours peut être considéré à part sans aller au delà, nous pouvons bien, en appréciant avec l'analyse actuelle le bon sens des anciens, distinguer le cours de toute action criminelle dans ses points les plus saillants; puis, en voyant par l'importance de la partie de ce cours combien elle est plus ou moins voisine du but, on peut proportionner la peine. Nous, ici, nous aimons à diviser ce cours de l'acte en cinq degrés, non que nous ne puissions le diviser en un plus grand nombre, mais pour ne pas nous perdre en une quantité de petites subdivisions, et parce que c'est ce nombre de degrés, et pas davantage, que semble reconnaître notre dernière loi. Ce sont les *actes préparatoires* (*apparecchio*), — *l'attentat proprement dit* (*attentato*), — *la tentative* (*tentativo*), — *l'effet manqué* (*effetto mancato*), — *l'acte consommé* (*consumazione*).

[1] Tryphoninus, L. 225, *De verb. sign.*, ff. (50, 16).

6. Les quatre premiers degrés sont compris dans le mot *effort*. Si vous trouvez le germe et le principe de ces distinctions dans l'ancien droit romain, en vain vous les chercheriez à l'aide de cette minutieuse analyse qui nous permet dans la loi de diviser et de subdiviser les choses. L'ancien droit était écrit pour des cas assez généraux, avec des paroles renfermant, non des significations particulières et précises, mais des groupes d'idées entièrement complexes. Les anciens Romains procédaient dans les jugements comme à la guerre : peu de principes, et voilà tout; le reste était abandonné à la sagesse civile des préteurs, à la fidélité et à l'expérience militaire des capitaines. Alors les subtilités du Grec Carnéade parurent dans les mœurs et au forum, semé d'écueils aux yeux de Caton l'Ancien; Cicéron lui-même n'aurait pas osé, plus d'un siècle après, exciter, quoiqu'il fût consul, le sourire des juges et du public, en rapportant les subtilités légales d'un Servius Sulpicius [1], s'il

[1] Cic., *Pro Murenâ*, cap. 7 et seq., — et Plut., *Vie de Caton d'Utique*. — Et de qui cependant n'est-elle pas connue, l'amitié dont Cicéron et Sulpicius s'honoraient à l'envi? (Cic., *Ep. fam.*, IV, 5; *De claris or.*, c. 40.) Dans sa neuvième philippique, on lit un magnifique et solennel éloge que Cicéron fit de Sulpicius. Ne mesurez pas, mon cher fils, ces très-grands hommes avec le pouce et la demi-canne de nous qui sommes si petits! (*Non misurate, mio caro figlio, quei grandissimi uomini, col modano e con la mezza-canna di noi picciolissimi!*) Cicéron fut contraire à Sulpicius et à Caton d'Utique dans la cause de Murena : il n'épargna point la plaisanterie pour faire rire les assistants aux dépens de ses deux adversaires. Dans chacune de ses phrases, néanmoins, transpire sa haute admiration pour leurs éminentes vertus. Jusqu'à la mort, ils se soutinrent toujours l'un l'autre et se conservèrent mutuellement la plus chaude amitié. Cicéron obtint qu'on élevât, aux frais du public, une statue de bronze à Sulpicius, et qu'on célébrât des jeux publics en son honneur; *Catonem cœlo æquavit* en écrivant sa vie, quoique César, dont Caton avait été le constant ennemi, fût alors dictateur. César lui-même n'en conçut pas de ressentiment, mais seulement *rescripta oratione velut apud judices, respondit.* (Tacit., *Ann.*, IV, 34. — Plut., *Vie de César.*) Allez maintenant et laissez échapper une plaisanterie contre un de vos égaux ou contre un supérieur; manifestez avec un peu de force une opinion en littérature ou en droit contre quelqu'un qui prétende en savoir plus que vous; défendez une cause avec zèle : vous êtes perdu; toute amitié est finie; et nos Sulpicius, nos Catons, nos Césars sont assez bénins s'ils se contentent de ne plus vous regarder ou de ne pas vous appeler en duel. Vous donc, mon fils, quoique vous soyez né pour vivre parmi les gens d'honneur et de bien, vous devez néanmoins vous bien persuader que vous ne cohabitez pas avec ces âmes généreuses, mais que vous devez éviter les

n'avait pas été certain de trouver beaucoup de ses auditeurs encore profondément imbus des anciennes traditions. Les subtilités légales dans les jugements furent blâmées quelquefois par les prudents, en tant qu'elles avaient réduit les actions à des formules sacramentelles de paroles mystérieuses. La métaphysique, au contraire, mais la métaphysique italienne, mère de la jurisprudence interprétative du droit ancien, sans dévier jamais de l'équité naturelle et seulement en développant ces groupes d'idées dans leurs éléments, réussit toujours à approprier ce droit aux cas multiformes et aux besoins progressifs de la vie civile. Telle fut la noble tâche des préteurs et des jurisconsultes romains, dont nous trouvons, converties en lois dans la codification de Justinien, les définitions données dans le langage de la philosophie italienne. Une telle jurisprudence, non de formules, mais de droit équitable, non-seulement ne fut pas dédaignée, mais fut commentée et développée par Cicéron. Dans des temps de troubles civils et d'exceptions injustes dont Cicéron lui-même fut la victime, si les préteurs manquèrent à leurs devoirs, les jurisconsultes n'y manquèrent jamais. Si, d'un côté, les partis et les lois factieuses, avec leurs chicanes cruelles et rapaces, en faussant les principes, transformaient les exceptions en règles et rejetaient les règles, languissantes et obscurcies, au rang des exceptions, de l'autre les jurisconsultes, par une action lente, mais constante, ramenaient toutes les exceptions à leurs principes.

7. L'avantage des Pandectes de Justinien, relevé déjà avec sagacité politique par le secrétaire de Florence et envisagé, au contraire, avec tant d'impatience et de mépris par quelques esprits difficiles, consiste en ce que ce recueil n'est autre chose qu'une collection d'édits prétoriens, de consultations sur ces édits et sur les anciennes lois, suivant leurs dates et les faits des causes. Les maîtres purement théoriciens concentrent leur attention sur le texte de la loi et sur les origines historiques et

piques mesquines de notre temps : l'art de vivre consiste, ce qui est assez difficile, à ne pas en exciter les aiguillons, ou à les exciter le moins possible et à se faire pardonner le peu de vertu que l'on montre.

Hoc opus, hoc studium parvi properemus et ampli,
Si patriæ volumus, si nobis vivere cari.

(Hor., *Ep.*, I, 2, 28.)

philosophiques de ce texte, tandis que les jurisconsultes et les magistrats, placés toujours en présence de ses applications et de leurs conséquences, par la nécessité de juger le droit dans le fait (*jus in causa*, *jus in facto positum*), doivent souvent étendre la loi à des besoins nouveaux et progressifs : ces besoins, ou ils ne sont pas aperçus par le législateur, ou ils sont plutôt entrevus dans des nuages que prévus particulièrement. Si, ému par la voix du forum, le législateur satisfait à ces nouveaux besoins par des explications et des réformes promptes, appropriées, le but de la jurisprudence est atteint. Mais si ce résultat n'est pas obtenu, la force des choses est toujours plus puissante que celle de l'homme, et la jurisprudence prend la place de la loi. Ainsi cela eut lieu après les lois décemvirales, collection de la plus ancienne jurisprudence romaine; de même après les codifications impériales; de même après la résurrection du droit romain; de même encore après les Codes nouveaux, aujourd'hui surtout que par le caractère particulier de notre siècle les besoins civils, spécialement dans les relations afférentes à l'industrie et au commerce, vont progressant si rapidement que souvent nous ne trouvons pas exprimés des textes qui en décident les questions. Justinien, dans sa collection de réponses, laissa un tableau stable, non-seulement des besoins civils, contrariés ou omis par des lois précédentes, mais aussi de l'œuvre de la pratique, en y pourvoyant sans sortir des principes de ses réponses. La métaphysique de ces jurisconsultes romains tendit à spiritualiser la nature humaine, mais dans son ensemble, et à l'améliorer sans la bouleverser; caractère opposé à celui de la sophistique grecque, qui divisait et subtilisait tout, et contre laquelle, pour le malheur public, furent vains les efforts de Caton l'Ancien. Alors vint le règne des sophistes, et avec lui le règne des ambitieux, des violents, des perfides; la cité fut très-corrompue; les lois devinrent innombrables, les lois, qui furent dictées par les sophismes ou la violence plus fréquemment que par la nécessité de réprimer les méchants : issues parfois de la lutte des ordres, elles servirent ou à ravir d'illicites honneurs ou à chasser du gouvernement les hommes les plus illustres. De là ni concorde, ni tradition, ni droit : les faits les plus coupables, non-seulement demeurèrent impunis, mais tinrent lieu de moyens pour arriver au pouvoir; les actes les plus honnêtes devinrent des

motifs d'exil ou de mort [1], ce qui ne pouvait certainement advenir sans bouleverser d'abord les principes.

8. Mais la Providence n'a jamais si complétement abandonné le genre humain qu'elle n'ait conservé, même au milieu des plus funestes désordres, le feu sacré de la raison parmi les hommes honnêtes. Lorsqu'ils ne peuvent, par suite de la malignité des événements, opérer le bien, ils l'enseignent à d'autres, afin que ceux-ci, plus aimés du ciel et revêtus d'un pouvoir qu'ils sont en mesure d'exercer, soient capables d'accomplir des actes vertueux [2]. Les premiers, ces hommes honnêtes, enclins à bien penser et à bien dire, furent les jurisconsultes ; — les seconds, les protégés du ciel, capables de bien agir, furent les Antonins, c'est-à-dire Trajan, Antonin le Pieux, Marc-Aurèle et, après un certain intervalle de temps, Alexandre-Sévère. Dans les écrits que la codification de Justinien nous a transmis de ces bienfaiteurs de l'humanité, nous devons donc trouver les vrais principes et les règles exactes du droit ancien, expliqués par eux dans les termes du langage le plus précis et le plus philosophique ; les idées en sont développées souvent en plusieurs propositions, exprimées d'abord en un seul mot.

9. Alors, parmi ces jurisconsultes, le plus éminent sans contredit fut Domitius Ulpien [3]. Il nous reste encore des fragments de son livre III *Ad edictum*, dans lequel, au sujet de la matière que nous traitons, il donne un développement philosophique par lequel il distingue *le mouvement de l'âme* (*moto dell' animo*), *la tentative et l'effet*. L'un des fragments est dans la loi 18, ff., XLVIII, 19, *De pœnis*, et l'autre, dans la loi 1, ff., II, 2, *Quod quisque juris*, etc. Le premier est *cogitationis pœnam nemo patitur*, principe qui, nous l'avons déjà vu, fut adopté par son contemporain, Claudius Tryphoninus (§ 4). Quand le mot *cogitatio* est entendu philosophiquement, c'est une règle sans exception. Tant que la pensée n'est pas traduite en acte, tant qu'elle n'est manifesée par aucun fait extérieur, elle n'est jamais punissable par la justice humaine. Qu'il y ait même *consiglio* d'un esprit méchant qui triomphe de tous les scrupules de la conscience, qu'il y ait la *volonté* la plus entière et une *intention* ni indécise ni flottante, mais opiniâtrément

[1] Tacit., *Ann.*, III, 27 et 28.
[2] Paroles du secrétaire de Florence.
[3] *Quorum primus tunc Ulpianus fuit* (*Lampridius, in vitâ Alexandri*).

passionnée et fixée à son *projet*, tant qu'aucun acte extérieur ne tend à l'exécution du fait, l'intention demeure entièrement dans son caractère *d'esprit qui veut* (*animo volutare*), *d'esprit qui calcule* (*animo agitare*), *qui prend ses mesures* (*coagitare*), en un mot, de pensée (*o sia di cogitazione*). Cette disposition intime est certainement très-immorale, *mala mens*, *malus animus*; je dirai plus, elle est d'un grand danger pour la société qui nourrit dans son sein ce serpent, en apparence inerte et somnolent. On a donc raison d'y veiller et de lui enlever, à l'aide de la police préventive, le pouvoir de faire le mal. Mais tant que la sécurité sociale n'est pas troublée, l'esprit mauvais peut se repentir et déposer son venin : il y a déjà un gage d'espoir dans son inaction. Au contraire, avec quel moyen de certitude la justice pénale pourrait-elle rechercher les pensées? Recherche de mauvaise foi, inquisition odieuse! Lorsque la pensée peut être considérée comme manifestée par un geste ou par une parole, si ce geste ou cette parole ne sont pas punis par la loi comme crime par lui-même, le doute demeure toujours sur le point de savoir si la parole ou le geste n'ont pas exprimé plus que ce que l'esprit pensait ou différemment qu'il ne pensait. Le châtiment donnerait toujours plus d'alarme que l'impunité, et le plus méchant, qui sait le mieux se déguiser, serait plus favorisé que celui qui a un caractère moins dissimulé et en apparence moins trompeur. La parole et le geste peuvent donc avertir l'administration, attentive à prévenir les méfaits; mais pour la justice pénale, si ces actes ne sont pas des méfaits par eux-mêmes, ils se confondent avec la pensée nue.

10. On ne peut considérer comme une objection l'opinion de Jules Paul, contemporain de Tryphoninus et d'Ulpien : *consilium uniuscujusque, non factum puniendum est* [1]. Il n'est pas exact que ce jurisconsulte (appelé avec Ulpien *coryphæi legum prudentum*, parce qu'ils voyaient dans les lois, non les paroles qui retentissent, mais l'esprit du législateur), il n'est pas vrai que Paul [2] ait pu vouloir dire que l'on devait punir le

[1] Paul, *Sent.*, V, 23, 3°.

[2] *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult : ita enim et Julius Paulus et Domitius Ulpianus, coryphæi legum prudentum, scribunt* (*et Cerbidius Scævola*). L. 13, § 2, *De excusationibus*, Modestinus, ff. XXVII, 1.

dessein sans fait. Trop différente des principes qu'il professait, cette opinion aurait été exorbitante : il voulait dire que l'on ne pouvait appliquer une punition à aucun fait sans rechercher la volonté et le dessein. Callistrate, qui sous Alexandre-Sévère a enseigné le droit, en même temps que ce dernier jurisconsulte qui l'avait même devancé sous le règne philosophique et bienveillant de Marc-Aurèle, n'a pas une autre opinion que celle exprimée par nous, lorsqu'il dit : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus* [1]. D'après cette règle, il faut, pour une appréciation complète, remonter vers l'intention ; mais le fait une fois accompli, le fait peut être le résultat du hasard ou de l'erreur. Pour que le fait soit criminel, pour qu'il soit un événement coupable, la volonté et le dessein doivent être mauvais. Le mouvement interne, la volonté nue, le seul dessein ne sont jamais imputables à personne : *leges in facta constituuntur* [2] ; mais le fait ne peut jamais être apprécié dans la mesure de l'imputabilité pénale sans que l'on pénètre la pensée, la volonté, le dessein de l'agent. *Non factum puniendum est, sed consilium; non exitus, sed voluntas spectatur* : ces sentences s'appliquent admirablement aux résultats et aux faits, non à ceux qui sont produits par la force brutale de l'homme, mais bien à ceux qui émanent de la volonté et du dessein. La peine peut donc atteindre seulement cette dernière catégorie de faits, et la crainte de la peine peut ainsi corriger une conscience coupable.

11. Les écrivains se demandent si Saturninus florissait à l'époque d'Antonin le Pieux ou de Marc-Aurèle, princes envoyés certainement l'un et l'autre par le ciel pour élever l'homme à toute sa dignité et pour ne donner d'autorité qu'à des jurisconsultes philosophes. Saturninus enseigna, avant Paul, Ulpien et Tryphoninus, que nous devons mesurer sous sept aspects toute imputation. L'un de ces aspects est l'événement ; mais cette mesure, dit-il, *spectetur ut a clementissimo quoquo facta*, c'est-à-dire non matériellement, mais avec les principes de l'équité et de cette clémence supérieure qui est toujours attentive à la cause du fait [3]. La pensée et la volonté

[1] L. 14, *Ad leg. Corn. de sicariis*, ff. XLVIII, 8.

[2] Tacit., *Ann.*, III, 69.

[3] L. 16, § 8, *De pœnis*, ff. XLVIII, 19..... *septem modis : causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu.*

sans fait ne sont rien ; le fait, sans volonté de faire, est l'œuvre d'une machine et non d'un homme. *Non exitus, sed cogitatio in facto, assumpto scilicet actu,* forme l'objet de toute imputation. C'est absolument ce que disait Cicéron dans la Milonienne : *Quid porrò quærendum est? Factumne sit? At constat. A quo. At patet. Controversia nulla facti : juris est disceptatio ; causa quærenda est, non telum* [1].

12. Vous voyez ainsi, mon cher fils, qu'il n'y eut aucune exception au premier fragment du livre III *Ad edictum* d'Ulpien : *cogitationis pœnam nemo patitur*. Passons au second. Quand la loi prévoit

Un' operazion che merta pene [2],

elle ne peut donc jamais entendre le dessein nu, la volonté seule, la pensée (§ 10) ; de plus, pour commettre un méfait, pour si rapide qu'en soit l'exécution, il est toujours besoin d'un mouvement dans l'espace, et, par suite, d'une série plus ou moins longue d'actes et de mouvements tendant vers une fin (§ 5). Quel est dès lors dans cette série d'actes et de mouvements celui que la loi prévoit, alors qu'elle prévoit le méfait? *Consummatam injuriam, non cœptam,* répond le jurisconsulte : *quid enim officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum* [3]? Et voici qu'après que les mouvements intérieurs de l'âme, *consiglio, volontà, desiderio*, renfermés dans le mot *pensée*, se sont développés en partant d'une idée complexe, les actes extérieurs se développent à leur tour, à l'exception de la consommation dernière du fait, dans le mot *conatus* (§ 3) : on donne à la consommation complète son terme propre *effectus*. Si la loi prévoit donc un fait qu'elle qualifie délit, elle le prévoit entier et parfait. *Aliud est crimen, aliud est conatus*, disait Alciat : *hic in itinere, illud in metâ est* (§ 2) ; *sed ubi jure pœna irrogatur, oportet perfectum fuisse crimen.*

13. Il est certain que non-seulement la volonté, mais le premier élan est dans le commencement du cours de l'action ; mais la loi, quand elle prévoit l'effet, ne peut entendre les pre-

[1] *Pro Milone*, c. 4, 6, 8.

[2] *Un acte qui mérite des peines* (Dante, *Purg.*, XVII, 104).

[3] L. 1, § 2, *Quod quisque juris in alterum statuerit*, etc. — Ulpianus, ff. II, 2. — V. *supra*, § 9.

miers mouvements qui portent au fait. Il me semble même qu'il y a exagération à dire que *celui qui a commencé a fait moitié de l'œuvre :*

Dimidium facti qui cœpit habet [1].

Et il est plus qu'étrange de dire que ce commencement, même plus qu'à moitié du cours de l'action, soit égal à l'acte parfait : c'est *adumbratio, non perfectio* (§ 3).

Incipe : dimidium facti est cœpisse : supersit
Dimidium : rursum hoc incipe, et efficies.

C'est pour cela que les grands hommes ont coutume de dire qu'ils n'ont rien fait quand il reste encore quelque chose à faire [2]. Dire ensuite que le commencement du fait est autant que le fait entier, ce n'est certainement pas exprimer la vérité réelle ; mais c'est peut-être user d'un *trope*, d'une *figure*, pour énoncer ce commencement sous une forme plus forte et plus nouvelle : changements, pour me servir des expressions du chanoine Bianchi, votre maître et mon savant collègue à l'Université des études, avantageux à la pensée qui est peu apte à produire par elle-même une vive impression. J'ajoute que ces modifications sont avantageuses aussi à la morale, parce qu'elles donnent l'habitude de faire abhorrer l'intention, ainsi que l'effort vers le crime, en les mettant au niveau du crime lui-même. Mais, en réalité, c'est toujours commettre une erreur que de comparer le premier élan au mouvement qui fait la moitié du chemin, que de confondre la cause et l'effet, la partie et le tout ; *métonymie, synecdoche, hyberbole*, figures propres au déclamateur, à l'orateur, au poëte ; mais règle peu sûre pour le législateur qui prendrait ces termes à la lettre, comme représentant exactement la chose, et qui infligerait des peines réelles et physiques, à raison non de cette chose, mais du mode énergique et figuré qui l'exprimerait [3].

14. Elle n'est jamais vraie, considérée d'une manière absolue en elle-même, la proposition qui dit que l'auteur de l'effort,

[1] Hor., *ep.* 1, vers 40.

[2] Tasse, *Jér. dél.*, I, 24. — On l'a dit aussi de César et de Napoléon.

[3] Relisez notre discours d'ouverture de notre chaire (t. II des *Questions de droit* de Nicolini, de p. 3-22), V. § 20.

non suivi d'effet, n'a rien négligé pour réussir : il n'est pas juste de soutenir radicalement que le fait tout entier se serait produit, s'il ne s'était présenté certains obstacles indépendants du dessein et de la volonté de l'agent. Car, lorsque vous approfondirez toutes les circonstances de l'événement, vous trouverez toujours, comme nous vous en avons averti ci-dessus (§ 3), que le fait n'est pas advenu, soit parce que les moyens choisis n'étaient pas proportionnés à l'effet, soit parce que le lieu et le temps n'étaient pas bien calculés, soit parce que l'esprit n'était pas suffisamment résolu, ou que la main fut hésitante et mal assurée, ce qui souvent, si ce n'est pas preuve d'innocence, en approche notablement.

15. Je viens d'indiquer la raison intrinsèque, et les anciens ne l'entendirent pas autrement. Certainement

Non fu si santo, nè benigno Augusto,
Come la tuba de Virgilio suona :
L'aver avuto in poesia buon gusto
La proscrizione iniqua gli perdona[1].

Cependant, jugeant une tentative de parricide, il se contenta de chasser le fils du toit paternel, *mollissimo pœnæ genere contentus in impulso in id scelus, in quo se, quod proximum esset ab innocentiâ, timide gessisset*[2].

16. Que si nous examinons les raisons extrinsèques, parmi celles-ci est en première ligne le *dommage à la société*, comme mesure des méfaits : c'est cela même que disait Tacite, *utilitate publica rependitur*[3]. Le dommage peut-il être égal dans le danger de mort et dans la mort effective? Si vous estimez l'effort au niveau du méfait consommé, celui qui par quelque accident a manqué son coup ne trouve dans la sévérité indistinctement uniforme de la loi aucun motif pour ne pas chercher de nouveau à commettre le coup ou pour ne pas attendre temps et lieu, afin d'accomplir son projet. Aussi Beccaria, voulant laisser à celui qui commence le fait quelque motif sensible de

[1] *Il ne fut ni si saint ni si doux, Auguste,* que la trompette *de Virgile le proclame : pour avoir eu en poésie bon goût, la proscription inique celui-ci lui pardonne* (mot à mot). Arioste, *Roll. furieux,* XXXV, 26.

[2] Sénèque, *De la clémence*, I, 5, *in fine.*

[3] Tacit, *Ann.*, XIV, 44.

ne pas l'achever, se montre très-éloigné de toute peine qui égale le sort de la *tentative* et de l'*effet consommé* [1].

17. Ajoutez à tout cela que le hasard d'un résultat imparfaitement accompli, si ce résultat est à bonne fin, diminue toujours le crédit et la louange; si la fin est mauvaise, diminue l'infamie et l'horreur : ce qui vous montre une *conscience universelle*, qui croit même l'événement, en apparence fortuit, dépendant de la prévoyance humaine [2]. Caton l'Ancien, cet homme, quoique d'un caractère âpre et sévère, aussi juste qu'Aristide, auquel le compare Plutarque, faisait allusion à cette *conscience*, alors qu'il défendit les Rhodiens de l'inculpation d'avoir tenté de secourir Persée contre les Romains [3] : *Et quis tandem est nostrum, qui quod ad se attinet, æquum censeat, quemquam pœnas dare ob eam rem, quod arguatur male facere voluisse? Nemo opinor : nam ego quod ad me attinet, nolim* [4]. Ce sentiment et pas d'autre est le principe très-ancien de la conscience universelle, principe développé dans le second texte d'Ulpien (§ 12).

18. Mais, parmi les actes dont la série forme le cours de l'action proprement dite, il peut bien se faire que l'un d'eux soit par lui-même un méfait. Si l'action s'arrête à ce méfait, le punir n'est pas une exception à la règle, c'est suivre la règle même. Ainsi l'intention du faussaire n'est pas assurément de contrefaire pour son plaisir un testament; son but, l'accomplissement, la perfection de son inique projet est de s'approprier par le moyen du faux le bien d'autrui. Quand il a consommé le faux, il n'est pas encore parvenu au but vers lequel il se dirigeait. Mais la loi punit le *faux* comme *faux*. Il suffit donc qu'il consomme la falsification de manière que si *testamentum adulterinum non esset, verumtamen testamentum recte dicetur*, et il est coupable suivant la loi *Cornelia de falsis* [5]. Ceci est une réponse d'Africain, autre jurisconsulte du temps d'Antonin le Pieux. Mais si, le testament falsifié, on n'a pas encore consommé l'acte de le faire souscrire par le testateur ou d'y appo-

[1] *Des délits et des peines*, §§ 14 et 24.

[2] V. les arguments développés par Nicolini, dans son réquisitoire de 1817, sur la *Tentative* (Suppl. à la coll. des L., n° 1).

[3] Tit.-Liv., XLV, 25.

[4] Aulu-Gelle, *Noctes atticæ*, VIII, 3.

[5] L. 6, *pr.*, *De lege Corn. de falsis*, Africanus, ff. XLVIII, 10.

ser la fausse signature de celui-ci, c'est un effort vers le faux; et alors revient en vigueur le second principe d'Ulpien : *quid officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum* (§ 12)? Aussi Africain, suivant les antiques principes de Caton l'Ancien [1] et prévenant le développement qu'en a donné Ulpien, déclare dans ce cas *l'effort* impuni [2].

SECTION II.

EXCEPTIONS AU SECOND PRINCIPE.

19. Le premier principe d'Ulpien (§ 9) est absolu et ne peut être sujet à aucune exception. Il est trop élevé le Juge des pensées et des désirs de l'homme pour que la législation des mortels se hasarde à les punir. Le péril que l'on craint du méfait consommé peut être néanmoins si grave, l'alarme qu'en éveille l'effort si générale et si vive, que l'on doit, contre la raison de la règle, fixer quelque exception qui punisse la tentative. Dans ce cas, si la tentative est un méfait, elle doit être punie plus sévèrement qu'elle ne le serait si elle n'était qu'effort et commencement d'un plus grand méfait; et si par elle-même elle n'est pas un méfait, il convient qu'elle soit transformée en délit, à cause de la fin vers laquelle elle tend. C'est là le motif de l'exception à la règle [3]. Aussi toute exception est définie par Paul *quod contrà tenorem rationis, propter aliquam necessitatem vel utilitatem, auctoritate constituentium introductum est* [4]; et toujours toute exception *habet aliquid ex iniquo*,

[1] Aulu-Gelle rapporte (*Noct. atticæ*, XIII, 17) comment Caton avait rendu populaire son principe, en le réduisant à ce proverbe : *inter os et offam multa intervenire possunt*, — proverbe qui, plus tard, ne s'indiqua que par le seul commencement de phrase *inter os et offam*. Pétrarque a traduit ainsi cette maxime :

Fra la spiga e la man qual muro è messo!
(*Partie I*, son. 42.)

Et Arioste :

Teme di qualche impedimento spesso
Che tra il frutto e la man non gli sia messo.
(*Roll. fur.*, VII, 25.)

[2] L. 6, *pr.*, *De lege Cornelia de falsis*, ff. XLVIII, 10.

[3] Grotius, *De jure belli et pacis*, l. II, ch. 20, § 34.

[4] L. 16, *De legibus*, etc., ff. I, 3. — L. 141, *pr.*, et 162, *De reg. jur. ant.*, ff. L, 17.

quòd contra singulos utilitate publicâ rependitur [1]. Ainsi donc, pour que quelque exception au second principe d'Ulpien soit juste (§ 12), 1° la publique nécessité ou utilité en doit être manifeste; — 2° le cas doit en être expressément prévu par le législateur; — 3° quand le cas en est déjà fixé, on ne doit pas se permettre d'appliquer l'exception à des cas non exprimés ou à quelque conséquence que ce soit des cas exprimés [2].

20. Or, pour deux méfaits seulement, je trouve exprimée chez les anciens Romains l'exception à la règle de Caton l'Ancien et d'Ulpien : *lèse-majesté* et *crimes militaires*. Puis vint le troisième méfait, *l'homicide*, et le quatrième, *le vol domestique*. En dehors de ces quatre cas et des circonstances particulières, relatives à la tentative de ces crimes, on s'attacha dans les lois à la teneur de la règle. Mais cette opinion, mon bien cher fils, a contre elle trois grands noms, Cujas, Antoine Mathei, Gravina, et après eux les compilateurs, ainsi que les commentateurs du Code pénal français. Une analyse attentive et minutieuse des lois sur lesquelles se fonde cette opinion est donc d'autant plus nécessaire.

21. *Première exception.* — *Lèse-majesté.* — C'est la plus ancienne exception à la règle de Caton l'Ancien et d'Ulpien (§§ 12 et 17). Mais il n'y a pas titre de méfait qui ait été plus étendu que celui-ci, depuis Cornelius Sylla jusqu'à Arcadius et Honorius [3]. Au commencement *cœtus nocturnos agitare*, *hostes arcessere*, *civem hosti tradere* [4] étaient les seuls crimes de majesté. Puis, sous le quatrième consulat de Marius, on ajouta à ces chefs de majesté les violences et les séditions dans la ville [5], et peu après l'excitation à faire prendre aux alliés les armes contre Rome [6]. Mais Gravina fait observer judicieusement que ces deux lois furent plutôt des applications des lois décemvirales que des lois nouvelles de majesté [7]. Vint ensuite la loi

[1] Tacit., *Ann.*, XIV, 44.

[2] L. 14, *De legibus*, etc., Paul, ff. I, 3. — LL. 141 et 162, *De reg. jur.*, etc., Paul, ff. L, 17.

[3] V. Filangieri, *Scienoe de la lég.*, l. III, p. 2, ch. 45.

[4] Loi décemvirale, année de Rome 303. — L. 3, *Ad leg. Jul. majest.*, Marcianus, ff. XLVIII, 4.

[5] Loi *Apuleia*, année 651.

[6] Loi *Varia*, année 662.

[7] Gravina, *Orig.*, III, c. 85, *De leg. Corn. et Jul. maj.*

Cornelia, promulguée par le dictateur Sylla [1], qui donna aux crimes de majesté une épouvantable extension, et dès lors tout tomba dans la confusion et dans l'oubli des principes.

22. Quand les crimes de majesté étaient restreints à ceux qui bouleversent directement la constitution de l'État, chacun voyait que la nature de ces crimes est telle qu'en attendre l'entière consommation, ce serait attendre la ruine de la chose publique. L'exception à la règle fut donc suggérée par la nature des choses, et l'effort sans l'effet, bien que manifesté seulement par des actes voisins de l'exécution, était puni comme le méfait consommé. Caton le Jeune, soutenant contre César que, *more majorum*, le dernier supplice était dû aux complices de Catilina [2], s'exprima en ces termes : « Ce mode suprême de châtiment est moins de droit civil que de droit politique. Nous ne devons pas aujourd'hui décider froidement quelle peine répond à la prise des armes contre la patrie : le sujet par lui-même exige qu'on délibère comment on peut prévenir le danger plutôt que sur la manière d'en punir les auteurs; car il est bien vrai que vous ne poursuivez les autres méfaits que lorsqu'ils sont consommés; mais quant à ce crime, si vous ne preniez vos mesures que pour qu'il n'arrivât pas à l'effet, vous imploreriez ensuite vainement la justice : la ville prise, il ne reste plus rien aux vaincus [3]. »

23. Ces paroles, *cætera tum persequare, ubi facta sunt; hoc nisi provideris ne accidat, ubi evenit, frustra judicia implores*, montrent évidemment que dans les autres crimes les anciens ne permettaient la poursuite judiciaire que lorsque le fait était advenu, et que dans ce méfait seul on punissait l'effort comme le méfait consommé, et cela *contra tenorem rationis, contrà rationem juris, propter publicam utilitatem* [4]. D'où l'on voit clairement quelle était la règle et quelle était l'exception dans la pensée de Caton le Jeune et du sénat romain.

24. Cela est si vrai que César qui, en cette circonstance, parla dans le sénat contre Caton [5], n'attaqua pas de front cette

[1] Année 672.

[2] Année 690, selon Godefroy et selon Middleton et autres; 691 selon de Brosses.

[3] Sallust., *De bello Catilin.*, c. 52.

[4] Selon les lois 14 et 16, *De legibus*, ff., mentionnées plus haut, au § 19.

[5] Sallust., *De bello Catilin.*, 51.

opinion de son contradicteur, mais rappela avec beaucoup d'habileté le discours que Caton l'Ancien avait prononcé, plus d'un siècle auparavant, en faveur des Rhodiens [1]. Je crois néanmoins que les affranchis de ce temps et tous les Clodiens, qui appelaient Cicéron tyran et Caton le Jeune imbécile, firent de ce discours de Caton l'Ancien leur cheval de bataille (*il lor cavallo di battaglia*). Ils soutinrent qu'on ne pouvait admettre d'exception à la maxime générale, rappelée par ce dernier, à savoir qu'on ne peut infliger aucune peine à un fait, si ce fait n'est pas consommé. C'est pourquoi Tiron, l'affranchi de Cicéron, distinguant toutefois l'exception de la règle, publia un écrit contre cette défense en faveur des Rhodiens, *tanquàm non dignum M. Catone fuerit, quod delictorum non perpetratorum voluntates non censuerit puniendas* [2]. Mais chacun sait que cette fluctuation d'opinions vers les extrêmes est commune à tous les temps de séditions et de tumultes civils. Caton l'Ancien n'aurait point pardonné à ceux qui auraient conspiré contre la patrie, par cela seul qu'ils auraient été arrêtés dans le cours de leur action inique par la fermeté et la vigilance d'un consul; et Caton le Jeune, ce seul crime excepté, n'aurait jamais soutenu d'autre exception au principe général de son illustre bisaïeul.

25. *Seconde exception. — Crimes militaires.* — La sévérité de la discipline militaire rendit invincibles les légions romaines. De là, comme lois d'exceptions, nous trouvons dans les historiens et dans les fragments des lois anciennes de très-sévères dispositions pour tout effort, soit de se soustraire au service militaire [3], soit de s'insurger contre les chefs, soit de tuer ses compagnons d'armes ou de se donner à soi-même la mort. L'apparence même d'apathie et la lenteur à porter secours aux siens étaient frappées de la peine capitale [4]. Ainsi ces deux seules exceptions, l'une pour les crimes vrais de majesté, l'autre pour les crimes militaires, ont été anciennement apportées à la règle qui punit, non l'effort, mais l'effet : celles-là seules sont justifiées par la véritable nécessité de l'État.

[1] An 585 de Rome. V. plus haut, § 17.

[2] Aulu-Gelle, *Noct. att.*, VII, 3.

[3] L. 4, §§ 10 et 11, *De re militari*, Arrius Menander, ff. XLIX, 16.

[4] L. 6, *eodem*, *tit.*, Arr. Men. — L. 38, § 12, *De pœnis*, Paulus, ff. XLVIII, 19.

26. *Troisième exception.* — *Homicides.* — Les époques de guerres intestines et de troubles civils donnent naissance aux plus étranges écarts des règles du droit. *Silent leges inter arma;* ce furent des temps semblables qui amenèrent une troisième exception au second principe d'Ulpien (§ 12). La loi décemvirale prohibait le port d'armes dans la ville [1] et déclarait que le meurtre d'un citoyen était le meurtre d'un *père,* d'un participant à la souveraineté; de là était *parricide* le meurtre volontaire de tout citoyen. Ceci était le crime capital par antonomasie: *capital esto et parricida esto* furent synonymes [2]. Cependant un tel crime n'était pas de majesté : que si quelqu'un, porteur d'armes, s'était exposé à être surpris en embuscade, attendant sa victime, d'après la règle de Caton l'Ancien et d'Ulpien, il n'aurait eu que la peine de port d'armes dans la ville. Cela ne pouvait satisfaire Cornelius Sylla dans des temps de résolutions sanguinaires et de bouleversements politiques : aussi par la loi *Cornelia de sicariis et veneficiis* [3] *qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, pœna coercetur* [4]; et aussi qui *venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit* [5]. Le port d'armes et le poison furent le fondement de la présomption; mais cela ne suffisait pas; il fallait encore le projet de tuer : la preuve en était laissée aux règles communes de conviction.

27. Cependant chacun voit que l'application à l'effort de la peine du crime consommé est une si grande exception à la règle, ou fut *un droit si particulier* aux seuls homicides, qu'on eut besoin d'une loi expresse, confiée à un magistrat spécial, comme l'était le préteur questeur *de sicariis* [6]. Le préteur questeur *de majestate* avait un pouvoir bien plus étendu : aussi sur lui ne pouvait se modeler le questeur *de sicariis;* là, l'effort s'étendait à tous les cas; ici, seulement à l'individu qui *cum telo ambulaverit.* Ce fait permanent déterminait la compétence, à l'abri de laquelle la question entrait dans l'investigation du point de savoir si l'on portait les armes pour tuer un homme.

[1] Gravina, *Orig.*, III, c. 91, *Ad legem Plautiam.*
[2] Gravina, *Orig.*, III, c. 62, *De parricidio.*
[3] An 672, selon Godefroy.
[4] L. 7, *Ad legem Corn. de sic.*, c. 9, 16.
[5] L. 3, *Ad leg. Corn. de sic.*, etc., Marcianus, ff. XLVIII, 8.
[6] L. 2, § 32, *De orig. juris*, etc., Pomponius, ff. I, 2.

Mais, de leur côté, les magistrats des autres questions perpétuelles *de peculatu, de ambitu, de falso*, ne se risquaient pas alors à punir les efforts tentés vers l'accomplissemeut de ces crimes; l'exception exprimée ne pouvait se transporter à un cas non exprimé.

28. Bien plus, Sylla étant mort, la haine contre l'auteur de la loi la fit tomber en désuétude. Cicéron en effet, dans la Milonienne [1], pour mettre dans l'intérêt de sa cause Pompée qu'il croyait hostile, rappelle avec beaucoup d'art que Clodius précédemment avait envoyé uu esclave armé d'un glaive pour le tuer dans le temple de Castor. L'esclave fut surpris et avoua le crime. *Insidiator erat in foro collocatus atque in vestibulo ipso senatus : nisi vero quia perfecta res non est, non fuit punienda.* Malgré l'exception particulière de Sylla, elle triompha par conséquent, au péril de la vie, même de Pompée, la règle antique mentionnée par Caton l'Ancien. C'est alors que le contemporain et le panégyriste de Marius, dans son emphase oratoire, ne daigne même pas se souvenir de la loi de Sylla, *qui cum telo ambulaverit hominis occidendi causa*, mais se lance dans la sentence générale, répétée par tant de voix aujourd'hui, *quasi exitus rerum, non hominum consilia vindicentur*. Mais d'un mouvement oratoire par lequel on cherche, non à réintégrer le jugement de la tentative contre Pompée, mais à charger de la haine publique celui qui venait d'être absous, pouvons-nous argumenter que le principe de l'antique législation ne fut pas, *nil officit conatus cum injuria nullum habuerit effectum?* On ajoute que Cicéron fut exilé pour avoir puni la tentative d'un crime de majesté comme méfait consommé, bien qu'il l'eût fait par décision du sénat (§ 22). Il était donc de son intérêt, comme de l'intérêt de la cause qu'il soutenait, de généraliser et de réduire en principe ce que son affranchi prétendait pour le défendre (§ 24).

29. La loi *Cornelia de sicariis* comprenait aussi le parricide. Peut-être, dans l'année même que Cicéron prononça son fameux discours pour Milon, Pompée publia-t-il l'ampliation de la loi *Cornelia* avec la loi *De parricidiis*. En cela aussi il voulut faire une exception à la règle, et punir l'*effort* comme le *méfait con-*

[1] Prononcée sous le troisième consulat de Pompée, dans l'an 721, environ trente années après la loi.

sommé. Mais quelle espèce d'*effort?* La seule absorption du poison, quoique non suivie d'effet [1]. Cependant Sylla avait déjà assimilé pour toute personne l'absorption du poison à l'empoisonnement consommé. Mais il s'agissait d'un droit singulier et d'une exception à la règle ; et comme il se faisait une nouvelle loi contre les parricides, quoique Sylla en eût aussi parlé (§ 27), on pouvait douter, l'exception étant établie *contra rationem juris*, si celle-ci pouvait résulter d'une ancienne loi et s'appliquer sous l'empire d'une loi nouvelle. Aussi Pompée renouvela-t-il l'exception, ce qu'il n'aurait pas fait si la sentence *non exitus rerum, sed hominum consilia vindicantur*, eût été la règle des jugements criminels. Cela est si vrai qu'un fils qui avec le fer, et non point avec le poison, attenta aux jours de son père, sans consommer son crime, fut traité par Auguste comme nous l'avons vu précédemment (§ 15).

30. La dernière addition aux lois relatives à la sûreté personnelle ou aux crimes sanglants fut la tentative d'avortement, addition tellement de droit singulier et d'exception, qu'on connaît l'exagération inouïe de condamner aux mines ou à l'exil ceux-là même *qui dolo non faciant*, et ce qui est plus encore, bien que *eo mulier aut homo non perierit* [2].

31. *Quatrième exception. — Fuite de l'esclave.* — Tout ce qui regardait les esclaves était de sa nature un *droit singulier*, un droit exceptionnel. Il n'est donc pas étonnant qu'un esclave, qui se cachait dans quelque lieu secret de la maison, dans l'intention de fuir, fût dès ce moment considéré comme fugitif [3].

32. *Exceptions nouvelles.* — Voilà donc jusqu'aux Antonins les quatre crimes au sujet desquels l'effort était puni à l'égal du méfait consommé, les deux premiers seuls dans les temps les plus anciens de la république, les deux autres par des lois postérieures. Ofilius voulait y ajouter le vol de quelque mesure de grain ou d'huile enlevée d'un grenier ou d'une barrique ; il soutenait que l'effort devait être assimilé, d'une manière absolue, au vol du tout. Mais Ulpien le reprend : *verum est in tantum eos furti actione teneri quantum abstulerunt* [4]. Dans la suite, ces exceptions s'élevèrent à un nombre tel, qu'elles détruisirent

[1] L. 1, § *ult.*, *De lege Pompeia de parricidiis*, Marcianus, ff. XLVIII, 9.
[2] L. 38, § 5, *De pœnis*, Paulus, ff. XLVIII, 19.
[3] L. 17, § 4, *De ædilit. edict.*, Ulpianus, ff. XXI, 1.
[4] L. 21, *pr.*, *De furtis*, ff. XLVII, 2.

la règle. Cependant Justinien, en prévoyant le cas de la corruption de l'esclave pour l'enlever à son maître, dit solennellement : *secundum juris regulas furtum quidem non est commissum* [1]. Quelle est cette règle de droit dont il parle ici, sinon celle de Caton l'Ancien, et d'Ulpien dans la loi 1re, ff., *Quod quisque juris?*

33. Je n'ai pas compris parmi les cas d'exception jusqu'aux Antonins la *tentative d'adultère*, rappelée par Paul [2] et punie *extra ordinem, propter voluntatem perniciosæ libidinis;* car j'entends parler des seuls cas dans lesquels la tentative était punie exceptionnellement de la peine même du méfait consommé. Si la tentative d'adultère était punie *extra ordinem*, cela veut dire qu'on la regardait, non point comme si l'acte eût été consommé, mais qu'on la plaçait un peu au-dessus du simple attentat à la pudeur, et ce dernier attentat, ainsi que le dit Paul lui-même, n'était puni que comme injure [3].

34. Je ne dis pas que, suivant les règles judiciaires du temps des Antonins, les autres méfaits tentés furent toujours impunis, ou punis seulement si la partie de l'action consommée était par elle-même délit. Je dis que la tentative, à l'exception de ces quatre cas, n'était jamais punie comme le méfait consommé. Mais les magistrats romains n'étaient pas liés, comme nous le sommes, par l'article 200 de la loi organique, qui défend de prononcer des peines autres que celles déterminées par les lois et dans les seuls cas qu'elles ont elles-mêmes établis. Leur mandat était *urbem nostram fidei tuæ committimus* [4]; *cures malis hominibus provinciam purgare* [5]; *magnum imperium habes post principem* [6]; ils jugeaient ensuite chaque action suivant les circonstances (§ 6). Il est vrai qu'ils ne pouvaient appliquer aux cas non exprimés les peines ordinaires; mais ils leur appliquaient, suivant leur conscience, des peines extraordinaires, en agissant *extra ordinem* [7]. Ainsi à toute tentative

[1] L. 20, *De furtis et de servo corrupto*, C. 6, 2.
[2] L. 1, *pr.*, *De extraord. crim.*, ff. XLVII, 11.
[3] L. 10, *De inj. et fam. lib.*, ff. XLVII, 10.
[4] L. 1, § 4, *De off. præf. urb.*, Ulpianus, ff. I, 12.
[5] L. 3, *De off. præsidis*, Paulus, ff. I, 18.
[6] L. 8. *De off. procons.*, Ulpianus, ff. I, 16.
[7] LL. 11 et 13, *De pœnis*, Marcianus et Ulpianus, ff. XLVIII, 19. Nicolini fait ici un rapprochement avec le système actuel des circonstances atténuantes.

de méfait, si les actes extérieurs manifestés paraissaient dangereux pour la paix publique et pour la sûreté individuelle, ils pouvaient appliquer des peines extraordinaires dans toute la latitude de l'échelle pénale, mais toujours en deçà de la peine ordinaire. C'est ce que dit Claudius Saturninus : *puniuntur consilia, ut conjurationes et latronum conscientia; quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar* [1].

35. Ces observations résolvent toutes les difficultés que présentent les érudits. Quintilien, quand il dit *insidiatus civi, etsi non effecerit scelus, pœnas tamen legibus solvit*, fait évidemment allusion à la seule loi *Cornelia de sicariis* [2]. Et quand Sénèque dit *omnia scelera, etiam ante effectum operis, quantum culpæ satis est, perfecta esse*, il parle au déclamateur d'école [3]; car son style est enflé, même dans les œuvres philosophiques; rien ne peut être plus hyperbolique que d'appeler parfait ce qui n'est pas commencé (§ 13). Cependant nous avons vu qu'en rapportant le jugement d'Auguste, il emploie un langage plus exact (§ 15). Apulée [4] et Maxime Tirus [5], écrivains du temps d'Antonin le Pieux, ne rédigeaient point des ouvrages de législation; l'enflure et le style prétentieux, particulièrement du premier, apparaissent à chaque mot. *Omnibus bonis in rebus*, dit-il, *conatus in laude, casus in eventu est; et contra in maleficiis etiam cogitata scelera adhuc vindicantur, cruenta mente, pura manu.* Ne voyez-vous pas une hyperbole dans cet esprit sanglant, bien plus tout dégouttant d'un sang dont on n'a pas encore versé une goutte? Mais aucun auteur ne dit qu'on punissait toujours l'effort de la même peine que le méfait consommé. Le punir *extra ordinem*, c'était néanmoins le punir de quelque manière.

36. Il semble donc hors de doute que dans l'ancien droit romain elle ne passa jamais comme règle générale l'étrange sentence que l'effort doive être puni comme le méfait consommé, et que ne pas le punir ainsi soit une exception. Quand donc arriva-t-il qu'on tomba dans une si énorme subversion de principes, et que le commencement d'une action, appelé

[1] L. 16, *pr.*, *De pœnis*, ff. XLVIII, 19.
[2] *Declam.*, 274.
[3] *Declam.*, 7, et dans le livre *Quod in sapient. non cadit injur.*, ch. 7.
[4] *Florid.*, 3.
[5] *Dissert.*, 2.

par une enflure oratoire *opera perfetta* (§ 35), fut effectivement cru tel dans la réalité? Cela vint de sophistes grecs de Constantinople :

Accipe nunc Danaum insidias, et crimine ab uno
Disce omnes.

37. Papinien ayant été mis à mort par Caracalla, puis Ulpien, sous les yeux mêmes de Sévère, par les prétoriens, les jurisconsultes et l'école de la raison commencèrent à disparaître. Au IV^e^ siècle de la nouvelle ère, nous trouvons des sophistes, mais point de philosophe ou de jurisconsulte digne de ce nom. De là des lois cruelles, des séditions, la décadence de l'empire et le bouleversement des ordres. Vinrent Arcadius et Honorius; et, en 393, Rufin fut préfet du prétoire. Cet homme, aussi ambitieux qu'il se montra plus tard cruel, recherchait alors, sous le masque hypocrite de la piété, la faveur du peuple comme moyen d'atteindre une plus haute position. Il provoqua donc et se fit adresser à lui-même la loi jamais assez vantée, relative aux détracteurs du prince [1], loi que l'Euripide italien mit en ces termes dans la bouche de Titus :

E che perciò? se il move
Leggerezza, nol curo;
Se follia, lo compiango;
Se ragion, gli son grato; e se in lui sono
Impeti di malizia, io gli perdono [2].

Qui aurait cru que ces deux empereurs, quatre ans après, dussent être les auteurs de la loi *Quisquis*, qui punissait de mort et de confiscation l'acte le plus indifférent, tout geste non-seulement contre eux, mais contre leurs ministres (*pars enim corporis nostri sunt*)? — De cette loi qui proclama que tout effort, même dans le sens de premier élan, était par les anciennes lois puni comme méfait consommé? — De cette loi qui enveloppa indistinctement dans le même sens tous les

[1] L. un., *Si quis imperatori maledixerit*, C. 9, 7.

[2] *Et pourquoi donc? s'il est poussé par la légèreté, je n'en ai pas souci; si, par la folie, je le plains; si, par la raison, je lui suis reconnaissant, et si en lui sont des mouvements de malice, je lui pardonne* (mot à mot); Métastase, *Clémence de Titus*, acte I, sc. 8.

complices du coupable et qui étendit la peine aux fils et à la postérité, à la postérité innocente?

38. Ce fut l'époque des séditions intérieures, des révoltes dans les armées, des invasions de barbares, de l'élévation aux premières magistratures d'hommes perfides et avares, souillés du sang de leurs prédécesseurs, puis eux-mêmes victimes à leur tour de jugements atroces, exécutés par des gens d'une ambition pire encore que la leur [1]. Les deux empereurs étaient faibles d'esprit, saisis d'épouvante et peu d'accord entre eux; Rufin était devenu véritable empereur de fait; et quoique beau-père de l'un d'eux, haï de tous à cause de sa profonde et cupide scélératesse, il fut bientôt mis à mort par suite d'une conjuration militaire, sous les yeux de son gendre; son cadavre fut abandonné aux fureurs et aux outrages de la plus vile plèbe [2]. C'est au milieu de ces troubles que fut signée par des souverains faibles et atterrés, en 397, cette loi *Quisquis* [3], proposée à ces empereurs par d'injustes et sanguinaires ministres; à la même époque fut signée cette autre loi qui punissait de mort les publicains convaincus d'avoir exigé des impositions publiques au delà du tarif indiqué par la loi [4]; alors aussi fut promulguée cette troisième loi, punissant également de mort les ambitieux qui cherchaient par de mauvais moyens à renverser de leurs siéges les ministres et les magistrats en fonctions. Du reste, peu avant ce temps, il avait été établi que, même sans les conditions de la loi *Cornelia de sicariis*, la tentative de meurtre d'un enfant nouveau-né serait punie de mort [5]; ensuite on avait encore renchéri de rigueur sur la loi de Paul, déjà mentionnée, contre ceux qui attentaient à la fidélité conjugale : ils furent punis de mort comme coupables d'adultère consommé [6].

[1] Muratori, *Ann.*, années 393 et s.

[2] Gibbon, *Hist. de la déc. et de la ruine de l'emp. rom.*, ch. 29.

[3] L. 5, *Ad leg. Jul. majest.*, loi, comme nous l'avons observé, de 397, C. 9, 8.

[4] Muratori, année 397.

[5] L. 8, *Ad leg. Cornel. de sicariis*, Valent., Valens et Gratien, C. 9, 16, en 374.

[6] L. 5, *De episcopis et clericis*, Jovinian. (et non Valens, comme le dit Nicolini), C. 1, 3. — Quant à la loi qui punissait de mort, dit Nicolini, ceux qui voulaient renverser les ministres, c'est d'après lui la loi 1, *Ad leg. Jul. de amb.*, C. Theod. IX, 26. — Au Code de Justinien, la même loi ne porte que la peine de la déportation.

39. Ainsi par les deux lois *De majestate* et *De ambitu*, rédigées avec un esprit de sophisme évident, je ne saurais dire, mon fils, si ce fut par ignorance ou par férocité que l'ancienne règle de Caton l'Ancien se transforma en exception, et que l'exception, introduite pour les seuls vrais crimes de majesté, se changea en règle; avec une telle règle, comme si elle avait été très-ancienne, on chercha à donner une couleur d'honnêteté à la rigueur jusque-là inouïe des conséquences de la loi de majesté. Voilà pourquoi nous trouvons comme fondement de la loi *Quisquis* la sentence : ***eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt***; et dans la loi relative à la brigue nous lisons : ***Neque aliud inter cœptum ambitum atque perfectum esse; cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniat voluntatem*** (§§ 4 et suiv.).

40. Les auteurs et les conseillers de ces lois, et parmi eux Stilicon, si flatté par Ausone, tombèrent, comme il arrive toujours, l'un après l'autre, sous la hache même qu'ils avaient affilée. Mais la foule des pédants du palais et la foule des pédants académiciens applaudirent à ces dispositions législatives. Maurus Servius, grammairien, ami de Macrobe, écrivit en ces temps son fameux commentaire de Virgile et de ce vers :

Ausi omnes immane nefas, ausoque potiti [1].

Sans observer que l'*ausoque potiti* indiquait les méfaits déjà consommés et sans reconnaître que ce vers renferme le tableau des plus célèbres scélérats, arrivés au terme de leur perversité (*vendidit hic auro patriam, hic fixit leges pretio atque refixit, hic thalamum invasit natæ*), Maurus Servius se contente de l'approbation du ministre dont il attendait le pain et s'exprime en ces termes : *Dicit Virgilius secundum morem romanum, in quo non tantum exitus punitur, sed etiam voluntas.* Ainsi fut calomniée, six siècles après le discours de Caton l'Ancien [2], la sagesse de l'antique droit; elle fut calomniée à force de chicanes, c'est-à-dire de ces syllogismes vides de sens, œuvre de sophiste et à l'aide desquels, après avoir enlevé quelque chose à la règle pour une exception nécessaire, puis une autre

[1] *Æn.*, VI, 624.

[2] Discours prononcé an 585 de Rome, c'est-à-dire 564 ans avant la loi *Quisquis*.

pour une exception moins nécessaire, puis quelque chose encore, on arriva finalement à rien, et l'exception devint la règle, la règle l'exception [1]; c'est un moyen par lequel *ab evidenter veris, ad ea quæ evidenter falsa sunt, disputatio perducitur* [2]. C'est à quoi se portèrent avec une grande ardeur ceux qui voulaient introduire quelque apparence de clémence dans la nécessité du pardon ou de l'impunité pour des tentatives qui vraiment n'existaient pas; ils aimèrent à paraître agir ainsi comme par une douce exception, afin par là d'obtenir un éloge de mansuétude, d'autant plus désiré qu'il était moins mérité.

41. Je ne m'étonne donc point de Servius, ni de Stilicon, ni d'Arcadius et d'Honorius. Une meilleure législation ne pouvait sortir de ces temps et de ces passions. Je m'étonne de Cujas qui, dans une matière si grave et de conséquences si périlleuses, laisse de côté le style philologique et philosophique d'interprétation en lequel il est maître, et qui, Français suivant l'école française, met en faisceau, sans distinguer les temps ni la raison diverse des lois, Arcadius et Honorius, Paul et Ulpien, Justinien et Valens, Servius et Quintilien, Maxime Tirus et Sénèque; — de Cujas qui, se résumant, forme une règle de leurs opinions variées et de ce qui *contrà rationem juris propter aliquam utilitatem introductum fuit;* — de Cujas qui de la sentence d'Ulpien, consignée dans la loi 1re, ff. *Quod quisque juris* (§ 12), née *ex re et ratione*, fait une exception [3]. Mais il se dément ensuite, en disant que ce qu'il appelle règle n'a de valeur que dans les méfaits graves; dans les moindres il avoue qu'elle serait inique. Quel est le caractère du *jus singolare*, ou bien de l'exception, si ce n'est précisément d'être une nécessité publique? En quelques cas, en effet, on place dans la balance de l'utilité civile l'extraordinaire, laissé en dehors des principes de l'équité (*non æquum, iniquum*), pour faire contre-poids par une plus forte sanction à ce qui, en dehors de l'ordinaire, pourrait en rompre l'équilibre, *ex iniquo quod uti-*

[1] ..... *Caudæque pilos ut equinæ*
Paulatim vello, et demo unum, demo etiam unum,
Dùm cadat elusus ratione ruentis acervi
Qui, etc., etc.
(Hor., *Epist.*, II, 1, 45.)

[2] L. 65, *De divers. reg. juris*, Ulpien, ff. L, 17.

[3] *Observ.*, VIII, 22; XV, 25.

litate publicâ rependitur (§ 19, *in fine*). Aussi une telle sanction ne peut jamais être générale, et serait inique si elle frappait toute tentative. Au contraire, en morale, pour qui entend la voix de la conscienee et de la religion, il est un sentiment très-général et très-profond, qui reconnaît une gradation bien marquée d'imputabilité, à partir du *désir* ou conscupiscence intérieure, mère du péché, à partir, dis-je, du premier mouvement de l'être, alors qu'il est à peine conça ou naissant, jusqu'au *péché consommé*[1]. Une telle progression est donc la règle, le *gius universale*, le principe. La morale civile, dont le dépôt est dans les lois positives, ne peut être qu'une dérivation de la morale universelle et religieuse, qui, en étant la source vive, peut seule en fixer et en démontrer vraies les règles ; seule elle peut indiquer et circonscrire la raison d'utilité publique qui y apporte une exception.

42. Antoine Mathei copie Cujas[2], et Gravina, notre Gravina, le copie également[3]. Cependant ils soutiennent tous deux qu'excepté dans les cas exprimés la peine de la tentative doit toujours être extraordinaire et plus douce. Si donc ce qu'ils appellent règle *non est producenda ad consequentias*, cela prouve que c'est *contrà rationem juris ;* c'est pourquoi ils auraient dû conclure que c'était, non une règle, mais une exception.

SECTION III.

ÉCOLE ITALIENNE APRÈS LA DOMINATION DES BARBARES.

43. La véritable école italienne, et particulièrement la napolitaine, fut bien autre après la domination des Barbares. Déjà, depuis le commencement du XIII[e] siècle, nos pères, sous le règne de Frédéric, avaient adouci l'exception de Sylla, relative aux homicides[4], et s'ils confirmèrent en partie, suivant une loi de Roger, l'exception de Sylla, en ce qui concernait les empoisonnements[5], ils distinguèrent toujours, relativement à

[1] I. *Unusquisque vero tentatur à concupiscentia sua abstractus et illectus ;* II. *Deinde concupiscentia, cùm conceperit, parit peccatum ;* III. *Peccatum verò,* CÙM CONSUMMATUM FUERIT, *generat mortem.* — Tel est l'enseignement de notre religion sacro-sainte. — (Saint Jacques, *Épître Cath.*, I, 14 et 15 ;

[2] Mathei, *De criminibus, prol.*, c. 1, n[os] 5 et s.

[3] Gravina, *Orig.*, III, c. 85, *De leg. Corn. et Jul. majestatis.*

[4] *Const. asperitatem.* I, 22.

[5] *Const. mala et noxia medicamenta,* III, 70.

ce dernier crime, les peines suivant l'effet [1]. A l'opposé, tandis qu'ici, dans les commencements du XV^e^ siècle, un empereur flamand donnait aux tentatives d'homicide à coups de fusil la peine des homicides consommés [2], Alciat enseignait de Bologne à toute l'Italie une théorie contraire, comme nous l'avons déjà noté ci-dessus (§ 12). La règle de ne punir jamais la tentative comme méfait consommé était si fixe, que l'Espagnol Granvela en fit mention dans une de ses pragmatiques, en 1573, et établit une exception pour les homicides par mandat : il les punit de mort, quoique seulement tentés, lorsqu'il y a eu blessure [3]. Mais cette sévérité tomba bientôt en désuétude. Julius Clarus atteste pour toute l'Italie : *de consuetudine generali lex Cornelia de sicariis et omnes aliæ punientes affectum sunt sublatæ*. Notre royale chambre de Sainte-Claire, prospérant sous le souffle bienfaisant de l'immortel Charles de Bourbon, se forma une loi de ce système. En 1786, lors de la publication, en Toscane, du Code pénal du grand Pierre-Léopold, on vit disparaître toute sorte d'exception quant à la tentative, en ce qui concerne les crimes de majesté [4]. Dans cette loi d'or, qui méritait d'être mieux suivie par tous les nouveaux Codes de l'Europe, on voit expressément exécrer *les maximes établies dans les temps le moins heureux de l'empire romain ou dans les troubles de l'anarchie du Bas-Empire*, et ces maximes y sont appelées *raffinements de cruauté de temps pervers, qu'on ne peut tolérer dans aucune société bien réglée* [5]. Ce Code de Toscane fut reçu partout comme l'expression de la conscience universelle en Italie, spécialement pour avoir confirmé les règles de la jurisprudence que nous avions précédemment établie [6].

44. Dans le même temps, en France, par les articles 12 et 15 du Code pénal du 6 octobre 1791, l'ancienne jurisprudence française fut modérée sur ces principes, et seulement par exception *les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement* furent punies comme le méfait consommé. Mais les désordres civils

[1] *Const. amatoria pocula.*

[2] Pragm., I, *De ictu scoppietæ.*

[3] Pragm., I, *De assassinio*, promulguée par ce vice-roi.

[4] Art. 62, Cod. de Léop.

[5] V. préamb. et art. 52, Code de Léopold.

[6] Note très-détaillée de Nicolini sur la législation et la jurisprudence criminelle en général, et sur la jurisprudence napolitaine en particulier.

s'étant alors accrus outre mesure, plus encore qu'au temps d'Arcadius et d'Honorius, une loi du 22 prairial an IV reproduisit l'entière doctrine de Cujas (§ 41), et pour règle générale déclara : *toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, quand elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de son auteur, sera punie comme le crime même.* Les rédacteurs de notre loi pénale du 20 mai 1808, quoiqu'ils la dictassent sous la domination française, restèrent néanmoins attachés à notre ancienne jurisprudence et punirent la tentative d'un à deux degrés de moins que le méfait consommé. Tout en excluant de cette règle l'action dans laquelle l'effet a été suspendu par le repentir du coupable, ils restreignirent même, en ce cas, l'imputabilité à ces seuls actes consommés, qui sont par eux-mêmes contenus dans un méfait. Pour sortir de ces règles, ils en exigèrent une dérogation expresse [1].

45. Le Code pénal de France, publié en 1810, établit, au contraire, avec plus de force le principe du jurisconsulte toulousain et de la loi du 22 prairial an IV [2]. Rien de plus sec, de plus rapide, de plus léger que le raisonnement sur lequel on fonde cette disposition dans les motifs et les rapports qui accompagnent le Code : on y parle de cela comme d'une *vérité primordiale, qui, sans être démontrée, est connue d'elle-même* [3]. Et ce Code, qui n'était pas à nous, nous fut donné en 1812 [4].

46. Qu'on imagine l'effet que produisit parmi ceux qui avaient été élevés à une autre école, une disposition si nouvelle. J'ai recueilli, dans les vingt-deux premiers *numéros du Supplément à la collection des lois*, les arrêts les plus remarquables de la Cour suprême, presque tous rendus sur mes conclu-

[1] Art. 15, 16, 17, 18 C. pén. de 1808.

[2] Art. 2 Code pén. franç. — On ajouta dans cet article, à la phrase de la loi du 22 prairial, *si la tentative a été suspendue*, celle-ci : *ou n'a manqué son effet*, pour rendre plus sensible que *la tentative simple*, *l'effet manqué*, *l'effet consommé* sont *unum et idem*. Puis la phrase *par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté*, se scinda en disant : *par des circonstances fortuites* ou *indépendantes*, ce qui en rend l'intelligence plus difficile. Aux paroles *sera punie comme le crime même*, on en substitua d'autres : *est considérée comme le crime même.*

[3] Dante, *Par.*, II, 44.

[4] Décret du 23 avril 1812, qui met en application le Code pénal de France pour le 1er juillet de cette année.

sions, de 1813 à 1817; ces décisions, rapprochées des commentaires et des arrêts de France sur l'article 2 du Code pénal, montrent que nous étions bien autre chose que *imitatores, servum pecus* : la même semence par la différence du terrain produisit ici une jurisprudence douce, tandis que très-rigide, particulièrement sous l'empire, fut celle de France. Bien plus, en France même, la conscience universelle y résista tellement que, par suite du danger de voir punir la tentative comme le crime consommé, les jurés prononçaient le plus souvent : *non, l'accusé n'est pas coupable.* Des hommes illustres faisaient, dans leurs écrits et à la tribune, sentir fortement l'exagération de la loi et les maux qui en dérivent. Mais telle est la ténacité d'un préjugé, même chez les nations les plus cultivées, qu'on ne put obtenir autre chose, en 1824 (*Nicolini aurait dû dire : en* 1832), que la faculté pour les jurés, dans toute la matière qui leur était soumise, d'ajouter à la déclaration de culpabilité cette autre : *en faveur d'un, de plusieurs accusés reconnus coupables, il existe des circonstances atténuantes.* On établit qu'on pouvait atténuer dans ce cas la peine écrite. Ce droit eut depuis une application fréquente au sujet de la *tentative*, et la nécessité de modérer la loi sur ce point fut principalement ce qui en fut la cause. Mais cette admission des circonstances atténuantes est toujours facultative, jamais obligatoire, et par là une option étant donnée à des juges de fait (§ 34), l'incertitude et l'inégalité des peines arbitraires, bien qu'en des limites déterminées, s'y reproduisirent chaque jour.

SECTION IV.

DERNIÈRE LOI DU ROYAUME.

47. Cependant au milieu des discussions en Cour suprême sur cet article 2, on formait le projet de nouvelles lois pénales [1]. Tout le monde convenait que cet article 2 ne devait point en faire partie. On se demanda seulement s'il était préférable d'adopter le système anglais, qui ne reconnaît de tentative punissable que dans les cas exprimés par la loi, ou de revenir à

[1] Décrets du 21 mai 1814 et du 2 août 1815, qui instituèrent les commissions chargées du projet du nouveau Code napolitain, qui fut ensuite publié en 1819. Nicolini fut le rapporteur du projet des deux premiers livres des lois pénales et des deux premiers livres de procédure criminelle.

notre Code du 20 mai 1808, en un mot de n'avoir qu'une loi générale ou de distinguer celle-ci en plusieurs (§ 44). Elle parut lumineuse l'idée de Romagnosi, qui distingue le méfait manqué en deux degrés, *la tentative proprement dite* et *l'effet manqué*[1]; on se plut à restreindre cette distinction générale aux crimes seuls et à y parler expressément de *repentir*, comme d'une considération à laquelle la morale tant religieuse que sociale tient si fortement. On conserva donc du Code pénal français que la tentative des délits et des contraventions doit être impunie, hors des cas d'expresse et spéciale exception; on garda également la disposition de la loi du 20 mai 1808, que la tentative étant suspendue par le repentir du coupable, on ne peut lui imputer que les actes déjà consommés, pourvu qu'ils aient de par la loi qualité de méfait. On alla ainsi du projet intérieur de l'esprit jusqu'à l'effet entier qui y correspond; et bien qu'on pût y reconnaître une série, une chaîne plus ou moins prolongée de beaucoup d'actes, tant intérieurs qu'extérieurs, dont l'effet est le dernier anneau et le complément, on n'en considéra que les points les plus saillants, qui dans cette série peuvent se distinguer en cinq degrés : — I. l'état de la volonté, où l'on change d'avis, où l'on délibère, avant que la résolution ne se manifeste par aucun acte extérieur; — II. la volonté qui se manifeste par les préparatifs de l'exécution et qui s'arrête pour une cause quelconque; — III. la volonté qui va jusqu'aux actes les plus voisins de l'exécution, lorsque ces actes ne sont pas de nature à produire immanquablement l'effet, et que le défaut de résultat n'est occasionné ni par le repentir de l'agent ni par des circonstances fortuites, indépendantes de lui; — IV. la volonté qui agit jusqu'à tout ce qui devrait produire inévitablement l'effet, mais quand des circonstances rendent vaines, malgré l'agent, une résolution si efficace; — V. la pleine consommation de la volonté. De cette gradation naquirent les articles 69 à 73 des nouvelles lois pénales.

48. De la sorte, après s'être convaincu qne tant qu'on ne sort pas du premier de ces degrés il n'y a pas lieu à une peine, on posa la règle générale, le principe universel d'application chez nous de toute loi criminelle, à savoir que toute peine

[1] Romagn., *Élém. de droit pénal*, part. IV, liv. I, ch. 4.

établie ne doit être infligée qu'à des méfaits consommés. *Quid enim officit conatus, si injuria nullum habuerit effectum* (§ 12)? Celui qui consomme matériellement le méfait en est dit *auteur principal* ou simplement *auteur*. Toutes les fois que la loi se sert de ces mots *méfait commis*, elle veut dire *effet plein, effet accompli, méfait consommé.*

49. Mais l'acte extérieur, qui déjà tend à un méfait, bien que par suite d'empêchements il ne parvienne pas à toucher le but déterminé dans l'esprit, non-seulement montre la perversité de celui qui le produit, mais encore trouble fortement les âmes, et il en résulte pour celui qui s'est trouvé exposé, non moins que pour toute la société, du danger et de l'épouvante. On ne peut donc le laisser entièrement impuni. Cette perversité et cette alarme sont plus ou moins grandes suivant le terme vers lequel est dirigé ce mouvement extérieur, aussi la peine infligée à l'accomplissement coupable de ce dessein doit être régulatrice de la peine des actes qui ont précédé cet accomplissement, le châtiment devant être diminué en raison inverse de la proximité de l'effet; car pour si rapide que puisse être une action criminelle, nous avons déjà fait observer (§§ 5 et 47) qu'elle est toujours un mouvement qui commence au coupable et qui va jusqu'à l'instant où il frappe l'objet qu'il a choisi pour but. Ce mouvement peut être représenté, d'une manière abstraite, par la parabole que décrit dans l'espace une pierre lancée à l'aide d'une fronde [1].

50. Tant que la force de l'homme est en suspens, *vis in conatu* (§ 3), il peut y avoir pensée, délibération, volonté de

[1] *Signata cita loca tangere funda*, Tibul., *Ad Messalam*, IV, 1, v. 97. — Ce n'est pas assurément la fronde agitée qui touche le but; mais une expression si vive sert à montrer le rapport intime entre le principe moteur et sa fin, malgré la série des mouvements intermédiaires, dont le premier, par le jet de la pierre, monte aussitôt au second; le second, s'élevant au comble, produit le troisième; le troisième, retombant avec force sur l'arc opposé, engendre le quatrième, et le quatrième, obéissant à l'impulsion reçue et à la loi de la pesanteur, frappe la cible. Ainsi la phrase *puniuntur consilia* supprime toute cette série de mouvements, pour rendre plus sensible le rapport entre la première cause et le dernier effet; mais ces mouvements n'y sont pas moins réels que ceux qui se sous-entendent dans le *signatum locum cita tangere funda.* L'*ausus* et l'*auso potiri* sont toujours deux choses essentiellement distinctes. Le *proposito* qui rend répréhensibles l'un et l'autre, par la nature des choses, ne peut toutefois, par cela seul, les rendre égaux.

faire; mais il n'y a pas action ni commencement d'action. La volonté de faire est le ressort puissant, la vraie force motrice des actions imputables (§ 10); mais, non manifestée par des actes extérieurs et demeurant à l'état de pensée nue et intérieure, elle n'est justiciable que de Dieu. Ce principe, qui est dans notre Code le *cogitationis pœnam nemo patitur* d'Ulpien, avec toute son extension (§ 9), n'est sujet à aucune exception.

51. Aussitôt que l'homme manifeste la pensée ou par les paroles ou par l'écriture, ou en réunissant à lui d'autres personnes pour une fin coupable, ou en préparant des moyens et des instruments propres à nuire, voilà qu'il prend la pierre pour la lancer : déjà son *vis in conatu* de l'état d'effort commence à passer à l'état d'action. Mais lancera-t-il effectivement la pierre? la lancera-t-il dans la direction convenable pour frapper l'objet? la lancera-t-il avec la force proportionnée à sa fin? S'il vient à être empêché en ce moment, le peu qu'il a fait est d'un résultat si incertain qu'on ne doit pas l'estimer plus que la pensée nue. C'est pourquoi la loi absout ces premiers actes extérieurs; si elle en punit quelques-uns, elle le fait parce qu'elle les considère comme coupables en eux-mêmes; elle leur donne une qualification propre et jamais celle de la fin plus coupable vers laquelle ils peuvent tendre. Ainsi, par exemple, elle punit la menace comme menace [1], — l'écrit et le discours séditieux comme écrit et discours séditieux [2], — l'injure comme injure [3], — la falsification et le port d'armes prohibées comme falsification et port d'armes prohibées [4], — la falsification particulière des coins et des machines propres à faire la monnaie comme telle et non autrement [5]. Les réunions armées dans le but de parcourir la campagne pour commettre des méfaits, réunions qui étaient autrefois punies de mort par les pragmatiques [6], les assemblées illégales [7], la correspondance avec les ennemis de l'État [8], sont tous des actes qui peuvent

[1] Art. 161 L. pén.
[2] Art. 140, 141, 142 *id.*
[3] Art. 365 et s.; 462, n° 5, *id.*
[4] Art. 148 et s. *id.*
[5] Art. 268 *id.*
[6] Pragm., XXX, *De exulibus;* art. 154 L. pén.
[7] Art. 305 *id.*
[8] Art. 113 et 114 *id.*

tendre à un résultat tantôt plus grave, tantôt plus léger : aussi serait-il injuste d'en présumer toujours la fin la plus coupable et plus injuste encore de les punir comme si ce but avait été atteint. Cependant comme de tels préparatifs, qui peuvent être communs à plusieurs méfaits, séparent déjà un ou plusieurs citoyens de l'intérêt général de l'État [1], la loi fait de ces préparatifs autant de délits par eux-mêmes. Dans les cas particuliers où elle ne le fait pas expressément, la menace n'est qu'une vaine jactance; la préparation seule des moyens, une folle dépense de forces; l'union même et le concert de plusieurs personnes peuvent être un objet de police préventive, non de punition. Toutefois dans les crimes de majesté proprement dits, mais seulement dans ces crimes, si l'on en restreint la dénomination, comme fait notre Code, à ceux qu'aucun écrivain raisonnable n'a jamais contestés, on punit les *préparatifs efficaces* et la *conspiration* de la même peine que le méfait consommé, lorsque pourtant les moyens d'agir sont concertés entre deux ou plusieurs individus [2].

52. Mais que l'on dirige contre quelqu'un le fusil, ou qu'on dégaîne ou qu'on menace d'un couteau la poitrine d'un autre, ou bien qu'agitant circulairement la fronde dans laquelle la pierre est disposée, l'homme se mette dans l'attitude de la lancer, voilà, après le dessein intérieur, le second acte extérieur; nous l'appelons *attentat*. Je ne pourrais mieux faire ressortir à vos yeux la différence entre le premier degré d'action extérieure

[1] V. notre proc. pén., le § 542 de la première partie, à la *note*, où nous avons distingué ces périlleuses ségrégations des citoyens de l'intérêt de l'État, en cinq degrés, indiqués par ces mots : *pars*, *secta*, *secessio*, *factio*, *seditio*.

[2] Art. 109, 110, 111, 112, 125 L. pén. On doit toujours distinguer la *préparation* et la *tentative*. Se munir d'échelles, d'armes, de rossignols à crocheter les serrures (*Grimaldelli*), ce peut être l'acte préparatoire d'un vol; mais cet acte n'arrive point encore à proximité du crime. Telle est la contrefaçon de l'ordonnance d'un médecin pour se procurer du poison et le mêler à une boisson; c'est la préparation, et non un acte proche de l'empoisonnement. Ce n'est point davantage un acte proche de l'homicide, que de charger un fusil et de se mettre en embuscade près du chemin où doit passer l'ennemi. On punit alors ces actes pour eux-mêmes, si la loi les prévoit comme délits particuliers; mais ils ne sont pas punissables comme vols, ni comme empoisonnements, ni comme homicides.

et le deuxième, c'est-à-dire entre le *préparatif* simple et l'*attentat*, qu'en vous citant ces vers du Dante :

E quale il cicognin che leva l'ala
Per voglia di volare, e non s'attenta
D'abbandonar lo nido, e giù la cala [1].

Si quelqu'un prend attitude, se tient sur ses ailes et encore *ne se hasarde pas*, voilà le *préparatif*. L'attentat vient immédiatement après, lorsque commence un acte déjà proche de l'exécution [2]; car si toute l'action puise son mouvement dans la pensée, cela ne fait pas que la pensée soit jamais par elle seule un motif d'imputation (§ 50), jusqu'à tant que l'homme s'occupe du *préparatif* des moyens; aussi la pensée, animée pour une œuvre efficace d'une passion croissante, si l'on n'en a encore donné aucune forme à l'effet, peut être dite en délibération; c'est pourquoi tout ce qui se fait en ces limites, y compris l'*être sur ses ailes pour frapper*, tout est préparation, tout rentre dans la règle que d'une peine humaine n'est point passible la pensée (§ 9). Tandis que dans le cours de toute action humaine, en général, le *préparatif* des moyens est un degré après la pensée (§ 47), lorsque nous considérons le cours des actes extérieurs constitutifs d'un fait pénal, le *préparatif* est le premier anneau ; mais, comme il est peu éloigné de la pensée et beaucoup de l'effet, on ne le dit jamais dans la loi *acte proche de l'exécution*, tant il est facile que malgré le *préparatif* une exécution quelconque n'arrive point ! Le passage de cet anneau au second, c'est-à-dire d'*être sur ses ailes* à *abandonner le nid* et à s'élancer, est-ce que nous voyons dans les crimes sanglants, quand on saisit l'arme, que l'on poursuit, que l'on est à chaque instant sur le point de frapper : c'est ce que les Latins appelaient *primus ausus ;* c'est le premier *acte proche de l'exécution ;* ce n'est plus préparatif, mais attentat :

Ardens
Insequitur, jamjamque manu tenet [3].

[1] *Tel que le petit de la cigogne qui soulève ses ailes, excité par le désir de voler et n'ose pas* (*ne se hasarde pas à*) *quitter le nid, et les abaisse* (mot à mot). *Purg.*, XXV, 10. — *Star sull' ale* est la même chose que *star sul punto di muoversi ;* ce n'est pas seulement être préparé à se mouvoir.

Stavano per ferir quivi sull' ale.
(ARIOST., *Roll. fur.*, XXVI, 4.)

[2] Art. 124 L. pén.

[3] Virg., *Æn.*, II, 53.

Néanmoins ces seconds actes externes, la loi ne les punit point en règle générale, excepté dans les cas où elle les prévoit par des dispositions spéciales comme méfaits. Tels sont, par exemple, les cas des articles 124 et 335 de nos lois pénales, c'est-à-dire ceux qui seraient crimes de majesté proprement dits et ceux qui offensent la pudeur publique. Mais le voleur qui crie seulement : *arrête, arrête,* — l'empoisonneur qui seulement s'avance pour présenter le breuvage mortel, — l'homicide qui dégaîne le poignard ou seulement saisit le fusil, — le faussaire qui est déjà en attitude d'effacer un nom pour lui en substituer un autre, — le prisonnier qui prend une lime pour briser la chaîne qui le retient, — tous ceux-là n'ont commis jusqu'à ce point que des *attentats;* ces actes, bien qu'on les dise voisins de l'exécution, ne sont pourtant punissables que si le mode et les moyens en sont punis par la loi comme méfaits; car il ne sort point encore du *simple attentat,* bien qu'il soit sur le point d'en sortir, celui qui lève seulement le fer

E segna dove
Crede meglio fermar l'aspra percossa[1].

53. Mais ces mots *actes proches de l'exécution* signifient aussi anneaux et degrés plus ou moins proches soit de leur principe ou de la pensée, soit de leur fin ou de l'événement déterminé dans la pensée. Après le premier qui est l'*attentat,* les suivants vont se liant d'abord à égale distance du commencement et de la fin, ensuite plus rapprochés de la fin. L'action en ces deux degrés n'est plus d'un résultat éloigné ni aussi incertain : c'est toutefois *ausus,* mais assez avancé vers l'événement; et toujours au propre caractère du degré on joint celui de la fin vers laquelle l'action tend. Aussi n'appelle-t-on plus cette phase, par exemple, menace, association de malfaiteurs, blessure ou coup, mais incendie tenté ou manqué, vol tenté ou manqué, homicide tenté ou manqué.

54. Ainsi la tentative peut être imaginée au milieu de la ligne

[1] *Et marque où il croit préférable de porter le rude coup* (mot à mot). Nous faisons usage volontiers de la phrase philosophique du Dante : *Più al principio loro, e men vicine....., plus ou moins voisines de leur principe.* — *Par.*, I, 110.

parabolique à laquelle nous avons comparé le cours d'une action criminelle (§ 49). Il y a tentative, lorsque, avec la volonté de commettre l'action, l'agent est arrivé aux actes extérieurs voisins de l'exécution, et que cependant cette exécution n'a pas lieu, non-seulement par des circonstances fortuites, indépendantes de sa volonté, mais aussi parce qu'il est resté encore en son pouvoir quelque autre chose à faire pour y arriver. L'acte doit donc être non-seulement *inhærens mediis ad finem tendentibus*, mais de plus *conjunctus extremis suis ac fine;* et le coupable doit se trouver encore en état de redoubler l'usage de ces moyens et de les rendre plus efficaces. La *tentative* diffère en ceci de l'*attentat* : dans l'attentat il suffit seulement du commencement d'un acte proche de l'exécution ; dans la tentative, cet acte doit être acccompli, et non pas en voie de l'être ; l'*attentat* est une *tentative* de *tentative*. Il y a *tentative* si, par exemple, le voleur a déjà ouvert le secrétaire et se trouve au moment de s'emparer de l'argent ; si l'empoisonneur a approché des lèvres de sa victime le poison ; si l'homicide a déja dirigé sur quelqu'un son bras armé d'un poignard ; si le faussaire a, avec la mine de plomb ou avec le poncis, retracé la signature qui commence, à l'aide de l'encre, à prendre la forme de la véritable ; si la lime du prisonnier a rompu une partie des fers. Faire tournoyer une fronde dans le dessein de la décharger, c'est *attentat*, et le frondeur ne commet qu'un *attentat* si dans ce mouvement la pierre tombe à ses pieds. Mais lorsqu'il l'aura déchargée vers un but certain, quand même elle serait arrivée au point culminant de sa parabole, qu'elle soit par une main puissante qu'il ne prévoit pas, mais qu'il pouvait prévoir, repoussée en arrière, c'est *tentative*. La *tentative* proprement dite est punie, dans les crimes, à un ou deux degrés au-dessous du crime consommé. La peine dans les homicides a un adoucissement plus grand, afin qu'il soit de l'intérêt du coupable de s'abstenir de coups plus terribles [1]. Dans les vols tentés avec violence contre les personnes, la peine est entière comme dans les vols consommés [2] ; c'est une des plus graves exceptions au principe d'Ulpien (§ 12), qui prédomine ensuite pleinement dans les *délits* et dans les *contraventions*, méfaits au sujet des-

[1] Art. 354 et 355 L. pén.
[2] Art. 451 *id.*

quels la *tentative* n'est punie que dans les cas expressément déterminés par la loi [1].

55. Mais voilà qu'avec la volonté de commettre le crime, on pousse jusqu'à des actes si voisins de l'exécution, que le coupable a déjà fait son suprême effort et qu'il ne reste plus rien à faire de son côté pour que l'effet, pris pour but, ne soit entièrement produit; néanmoins l'agent n'a pas obtenu plein succès, par des circonstances absolument fortuites et indépendantes de lui; alors nous sommes déjà à la descente de la parabole : on peut en prévoir l'effet très-proche et quasi-certain; c'est le *crime manqué*. Il est tel si le voleur a déjà pris en main l'argent ou autre chose, et se tient prêt à l'emporter; si la substance vénéneuse a été avalée; si le plomb meurtrier est parti du fusil homicide vers un but déterminé; si le prisonnier a rompu toutes ses chaînes de fer et est arrêté à l'improviste par la force publique ou quelque autre accident [2]. Que si le vol *tenté* avec violence contre les personnes est puni toujours comme le vol consommé (§ 54, *in fine*), à plus forte raison doit l'être le vol *manqué* : les homicides *manqués* sont passibles d'une peine de deux ou trois degrés plus douce que les homicides *consommés;* les autres crimes, d'un seul degré; exceptions toutes plus ou moins fortes à la seconde règle d'Ulpien. Sous l'empire de cette règle demeurent les *délits manqués* et les *contraventions manquées*, sauf lorsqu'une loi expresse en soustrait quelque cas qu'elle transporte dans l'exception.

56. La préparation des moyens ou le fait d'*être sur ses ailes*, l'approche avec les moyens, la presque exécution du crime, la mise en œuvre de tout le pouvoir qu'on possède, quatre degrés dont les trois derniers, voisin de l'exécution, sont renfermés dans l'expression *ausus*, et si l'on y ajoute la réussite dans l'effet, *ausoque potiri*, ce sont cinq mouvements progressifs dont la *somme* est la perfection de l'acte, *summatum opus, consummatio*. D'où le terme *crime consommé* [3], dernière limite du

[1] Art. 71 L. pén.

[2] Note très-développée et vraiment intéressante de Nicolini sur le *faux tenté*, le *faux manqué* et le *faux consommé*.

[3] Ce mot *consommé* ne vient pas de *consumere*, mais de *consummare*, comme si l'on disait *summa* de tous les actes qui constituent le crime depuis la pensée jusqu'à l'exécution. D'où les Italiens, pour exprimer le *dessein* que l'on conduit à *effet*, disent *dessein* qui se revêt d'un corps, même

cours d'une action volontaire, défendue par la loi. Ce cours n'est pas autre que la marche naturelle de toute action humaine volontaire, qu'elle soit vertueuse ou indifférente. En Dieu seul l'acte et l'effet plein sont la même chose : *fiat et factum est* [1]. Mais l'homme ne procède que par degrés, de telle sorte que, même dans les actions les plus rapides, entre le commencement et la fin, court toujours une ligne qui se divise naturellement en parties : la première partie devient le moyen nécessaire pour arriver à la seconde; la première, renfermée dans la seconde, donne le moyen de s'avancer à la troisième; et de même à la quatrième ; et de là à la somme de tous ces moyens. L'action extérieure arrêtée à son premier degré, vous n'avez que le *préparatif;* au second, l'*attentat ;* au troisième, la *tentative ;* au quatrième, l'*effet manqué ;* l'action arrivée au dernier degré produit le crime *consommé.* Dans tous les cas, il y a trois conditions communes aux trois degrés intermédiaires que la loi appelle *actes proches de l'exécution.* La première est que l'objet que l'on essaye d'atteindre soit actuel et présent; c'est là ce qui les distingue du *préparatif,* qui peut avoir lieu longtemps avant et loin de l'objet auquel il tend. La seconde condition est que pour ces trois degrés, par le mouvement, l'effet soit possible, de telle sorte qu'on puisse dire du coupable *et ausus et potuit* [2]. Que s'il n'y a pas d'argent dans le secrétaire qu'on force, s'il n'y a pas de poison dans le breuvage qu'on prépare, si personne ne se trouve près de l'arbre sur lequel on dirige le coup pour atteindre l'ennemi, l'illusion de l'agent et son espoir pervers manquent de l'objet du crime; et de même qu'il ne pourrait y avoir *crime consommé,* de même il ne pourrait exister jamais ni *attentat,* ni *crime tenté,* ni *crime manqué,* mais il pourrait y avoir seulement vain *préparatif.* L'imputabilité de l'*attentat,* de la *tentative* et de l'*effet manqué* consiste en ce que le rapport entre l'intention, les moyens et l'événement a été volontairement mis en action par le coupable,

de chair, *dessein* qui *s'incarne.....*, *e incarni il mio disegno.* Ariost., *Roll. fur.*, I, 58.

[1] Genèse, I, 3, 6, 7, 9, 11. — Longin fait observer combien le langage divin donne ici un plus saisissant exemple du *sublime* que le *nutu tremefecit Olympum* de Jupiter Virgilien ou que le *dixerat et dicto citius tumida æquora placat* de Neptune Virgilien.

[2] Virg., *Æn.*, IX, 428. — D'*ausus*, en y ajoutant le mot *fraus*, on fit le *fraudem frausus* de Plaute, *Asinaria*, II, 2, v. 20.

de telle sorte que si les moyens ne peuvent pas produire l'effet voulu, l'imputabilité de leur emploi s'évanouit, à moins qu'ils ne soient par eux-mêmes criminels; la possibilité de l'événement doit dépendre de la réalité, et non de la fantaisie de l'agent, défigurée par une passion coupable. — Enfin la troisième condition nécessaire pour qu'il y ait ou *attentat*, ou *tentative*, ou *effet manqué*, c'est l'intention de produire l'effet : la culpabilité réside dans le fait de vouloir la *fin* et de la vouloir avec le propos délibéré qu'exigent les *crimes consommés* [1]. Si les moyens ne sont pas criminels en eux-mêmes, ou qu'ils ne produisent pas l'effet, bien que propres à le produire, les moyens ne sont que souillés par l'intention coupable. S'ils sont criminels, ils peuvent présenter une double cause d'imputabilité, provenant et de leur caractère de faits défendus et de la fin vers laquelle ils sont dirigés [2].

57. Résumant ces considérations dans la comparaison du frondeur qui fait décrire une parabole à sa pierre (§ 49), nous dirons que cette parabole a une moitié de son arc du côté de l'agent, tandis que l'autre moitié va du côté du but. Dans la première moitié sont le point de départ, c'est-à-dire le *préparatif* et l'impulsion qui engendre le second degré, l'*attentat;* la *tentative* est au sommet, non sans quelque extension des deux côtés, comme l'ont toutes les choses morales. Aussitôt que la parabole *ad eventum festinat* [3] et qu'elle penche vers sa fin, si en cette descente elle est arrêtée, elle produit le *crime manqué :* le point extrême est celui de la *consommation* du fait. Un mathématicien pourrait réduire à un calcul précis ces degrés de mouvement; et peut-être cette analogie inspira-t-elle au grand Alighieri l'idée de faire un traité *des délits et des peines* au moyen de *cônes* et de *sections coniques* dont l'une d'elles est la parabole [4].

58. De fait un de ces *cônes*, dans la *Divine comédie*, est celui du *repentir* (*pentimento*). Notre législateur n'en a pas oublié la valeur. *Si le cours du crime*, dit-il, *a été interrompu par suite du repentir du coupable, il ne sera alors possible de lui appli-*

[1] Note de Nicolini sur le *crime contre la pudeur, tenté, manqué* et *consommé.*

[2] Hor., *De arte*, v. 148.

[3] V. le traité de Nicolini, *Des analyses et des synthèses*, §§ 20, 30, 31, 102.

[4] V. Dante, *Purg.* (*il cono de pentiti*), I, 95, 136; III, 120; IX, 128.

quer que la peine relative aux actes déjà accomplis, tout autant qu'ils aient reçu de la loi la qualification de méfaits [1]. Au contraire, lorsque le cours du crime a été interrompu, non par suite de repentir, mais par des circonstances fortuites, indépendantes du coupable, si l'acte qui en est l'expression est en lui-même prévu par la loi comme infraction (§ 56), on compare la peine qu'il aurait pour lui seul avec celle qui lui revient comme *tentative* ou *effet manqué*, et on lui attribue alors la plus sévère des deux.

59. Voilà, mon cher fils, toute l'histoire, et avec elle les principes de notre législation relativement à la *tentative* ou aux degrés progressifs du cours d'une action criminelle, *conamur tenues grandia.* J'ai appelé votre attention sur l'antique sagesse romaine, conforme à la conscience universelle dans le principe de Caton l'Ancien (§ 17); je vous ai indiqué les seules exceptions dictées par la vraie et constante utilité de l'État (§§ 21 à 25) : les sophistes grecs commencèrent à troubler dans Rome la pureté sévère de la législation morale, fondée sur la conscience (§ 6); on lui substitua cette turbulente insolence que les factieux osèrent appeler morale; avec elle advinrent les guerres intestines et le bouleversement des ordres (§ 7); alors, d'un côté, on multiplia les exceptions (§ 26), et, de l'autre, on exagéra la règle, tout en avilissant et réprouvant les plus justes exceptions (§ 24) : déréglement de chaque côté et *exorbitances extrêmes* (*esorbitanze estreme*), suivant que l'on voulait favoriser ce parti ou celui-là. Arrivèrent des temps meilleurs : les jurisconsultes, et seulement les jurisconsultes, rallumèrent le feu sacré de la science, qui remit en honneur les anciennes règles du droit et les exprima par les deux formules que nous a laissées Ulpien (§§ 9 et 12); leur règne fut court comme celui des bons princes. Lorsque, ensuite le siége de l'empire fut transféré à Bysance, les sophistes grecs l'envahirent; et tandis que cette école cherchait par d'étranges hérésies à bouleverser les principes de notre religion sacro-sainte, elle ruinait de fond en comble, par des hérésies légales, les fondements de la raison civile : ainsi les exceptions devinrent règle, et la règle exception (§§ 36 à 39). Justinien chercha à y porter remède en réu-

[1] Art. 73 L. pén. — Toute la théorie du repentir a été exposée par nous au traité X du volume IV de nos *Questions de droit.*

nissent en corps de lois les fragments des jurisconsultes; mais la barbarie du Nord, qui supplanta la majesté latine, replaça bientôt, au milieu des subtilités cruelles de la jurisprudence féodale, les choses au point où elles étaient arrivées sous les plus funestes dominations qui l'avaient précédée (§ 40). L'Italie seule, et particulièrement la justice napolitaine, dans une si grande confusion d'idées désordonnées, sut soutenir les principes et y rattacher les lois (§§ 43 et 46); ainsi les règles se relevèrent et furent définitivement reconnues dans les articles 69 et suivants de nos lois pénales. Vous voyez de la sorte, en tout son ancien lustre, la maxime de droit que lorsqu'une action volontaire est frappée d'une peine par les lois, cette peine ne s'inflige qu'à la somme de tous les actes jusqu'à l'exécution, c'est-à-dire, non à tel élément de l'action ou à tel autre, mais à l'action consommée : c'est le principe de Pierre-Léopold (§ 43). Le châtiment du crime tenté ou manqué est donc, à proprement parler, une exception qui ne concerne que les crimes; les délits et les contraventions demeurent sous l'empire de la règle. C'est pourquoi les articles 69 et 70 de nos lois pénales doivent toujours être regardés comme articles de rigueur, bien que par la diminution d'un ou de deux degrés dans les peines, qui descendent même de trois dans les homicides, ils soient très-modérés en comparaison de l'article 2 du Code pénal français (§ 45). Ces articles doivent, par conséquent, être restrictivement entendus et ne peuvent jamais recevoir une interprétation extensive (§ 19). Que dirons-nous des cas très-rares dans lesquels l'utilité publique a conduit, même chez nous, à punir la *tentative* ou l'*effet manqué* comme le *crime consommé?*

60. Mais, quand on regarde les trois degrés proches de l'exécution d'un méfait et même le *préparatif*, on ne voit que la mise en mouvement et l'impulsion données par une même main. Adjoignez à l'agent principal plusieurs *coagents* et *coparticipants*. L'un de ceux-ci peut intervenir au premier degré, et non les autres; un second peut intervenir à quelqu'un des actes qui suivent, et non aux premiers; un troisième peut venir à l'improviste au dernier, sans avoir eu part aux précédents. Voilà comment la théorie de la *complicité* se coordonne naturellement à celle de la *tentative*. Vous remarquerez constamment que lorsque sont rendues plus âpres par le législateur les dis-

positions sur la tentative, la loi sur la complicité s'aigrit par contre-coup. Ainsi firent Arcadius et Honorius, quand ils étendirent tellement la dénomination de crimes de majesté [1]; ainsi fit Justinien, quand il approuva la loi de Valens qui punissait comme crime consommé la tentative de crimes contre la pudeur [2]; ainsi a fait aussi le Code pénal français. Bien plus, ce Code va encore au delà puisque, après avoir puni les simples tentatives de crime comme crimes consommés, il punit indistinctement, à l'égal des auteurs principaux, les complices non-seulement des crimes, mais encore des délits et des contraventions [3].

61. Mais si j'entrais dans toutes les particularités de ces rapports, je serais entraîné trop loin de mon premier dessein. Il me semble vous l'avoir indiqué suffisamment. A vous de le féconder par vos méditations. Je vous dirai volontiers seulement ce que Cicéron disait à son fils : « Je vous ai donné, lui « rappelait-il, des maîtres et des livres excellents : *tamen ut « ipse semper cum Græcis*, et je dirai *cum Latinis, nostra con- « junxi, neque id in philosophia solum, sed etiam in judiciis et*

[1] L. 5, § 6, *Ad leg. Jul. majest.*, C. 9, 8.

[2] L. 54, §§ *Pœnas autem* et *cæteras autem*, — *De episcopis et clericis*, C. I, 3. V. plus haut, § 38, *in fine*.

[3] Art. 59 et 60 du Code pénal français. V. notre traité de la *Complicité*, coordonné avec celui de la *Tentative*, dans le n° 22 du vol. IV de nos *Questions de droit*. (Nicolini parle ici inexactement des contraventions, au sujet desquelles la complicité n'est punie que dans le seul cas du § 8 de l'article 479 de notre Code pénal français.) — Le Code pénal de Parme (1820) ne reconnaît pas le *méfait manqué : manqué* ou *tenté*, le méfait, comme dans la loi napolitaine de 1808, y est atteint de la même sanction pénale, qui, dans l'article 79 de ce Code, est d'un degré moindre que celle applicable au *méfait consommé*. Mais le Code pénal sarde, ajoute Nicolini, publié vingt ans après le nôtre, en 1839, a adopté notre loi elle-même, en distinguant la tentative de l'effet manqué dans ses articles 102 et 103. La *complicité* y est coordonnée à ces articles, en ce qui concerne la *tentative*. La France, comme nous l'avons déjà fait observer (§ 46), continue Nicolini, a aussi reconnu la nécessité de remédier à la trop grande sévérité, non moins de l'article 2 de son Code pénal que des autres dures sanctions dont il abonde : de là est venue la loi générale de 1824, rendue plus complète en 1832 par l'article 463 joint au Code pénal ; mais les publicistes et les jurisconsultes français n'ont pas manqué de relever les défauts de cette loi, et ils auraient même désiré qu'on eût rédigé en loi ce que discuta dans son ouvrage, avec tant de philosophie et d'éloquence, le professeur Rossi, à propos de la *tentative*. Ce qu'il dit est conforme au droit pénal napolitain.

« *in dicendi exercitatione feci, idem tibi censeo faciundum.*
« *Quamobrem magno opere te hortor, fili mi, ut hæc nostra*
« *studiose legas. De rebus ipsis utere tuo judicio : nihil enim*
« *impedio* [1]. » NICOLAS NICOLINI.

DROIT ADMINISTRATIF.

DE LA SUSPENSION DES TRAITEMENTS ECCLÉSIASTIQUES OU CIVILS PAR MESURE ADMINISTRATIVE.

Par M. REVERCHON, avocat à la Cour impériale,
ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
ancien maître des requêtes.

I. Dans sa séance du 31 mai dernier, le Sénat a délibéré sur une pétition relative à la circulaire récente par laquelle M. le garde des sceaux a invité les procureurs généraux à exercer, le cas échéant, contre les ministres des cultes, les poursuites prévues par les articles 201 à 208 du Code pénal. Nous n'avons pas, on le pressent d'avance, l'intention de discuter l'objet principal et direct de cette pétition. D'une part, au point de vue légal, ce n'était pas bien sérieusement que les pétitionnaires présentaient ces dispositions du Code pénal comme ayant été abrogées par désuétude. D'autre part, au point de vue législatif, les pénalités spéciales auxquelles sont soumis les ministres des cultes s'expliquent par le danger spécial qu'entraînerait, si jamais la France devait revoir ce triste spectacle, la transformation de la chaire sacrée en une tribune ou un instrument de sédition; elles peuvent d'ailleurs être considérées comme correspondant aux avantages particuliers que les ministres des cultes tiennent de certaines autres lois. Enfin la question, non plus légale ni législative, mais politique de savoir si la publication de la circulaire que nous venons de rappeler a constitué un acte de bonne et sage administration, ne pouvait guère être utilement débattue devant le Sénat; en aucun cas, d'ailleurs, il ne nous conviendrait de l'aborder ici.

[1] Cic., *De officiis*, I, 2.

Mais cette même discussion a constaté des faits dont la gravité, sous le rapport légal, ne saurait être méconnue. Mgr le cardinal archevêque de Besançon a exposé que, dans son diocèse, l'administration départementale, en dehors des cas prévus par les lois de la matière, avait suspendu pour un temps plus ou moins long, et par une sorte de mesure disciplinaire, le traitement d'un certain nombre de curés ou desservants, et M. le ministre des cultes, bien loin de démentir ou de blâmer ce procédé, l'a pleinement avoué et défendu. L'administration a-t-elle en effet un pareil droit vis-à-vis des ministres des divers cultes, et, plus généralement, vis-à-vis des fonctionnaires publics, amovibles ou inamovibles? C'est la question qui naît forcément de ces révélations.

Nous connaissons assurément et nous déplorons l'indifférence qui, dans notre pays, accueille trop souvent les atteintes portées au droit; nous savons, comme l'a écrit l'Empereur (OEuvres de S. M. Napoléon III, édition de 1854, t. Ier, p. 421) qu'*en France le pouvoir peut être arbitraire, parce qu'aucun frein ne l'arrête;* et le même auteur nous rappelle qu'*en Angleterre, au contraire, les passions politiques se taisent devant une violation du droit commun. C'est que*, ajoute-t-il, *l'Angleterre est un pays légal, tandis que la France ne l'est pas encore devenue; c'est que l'Angleterre est un pays fortement constitué, tandis que la France lutte tour à tour, depuis quarante ans, contre les révolutions et les contre-révolutions, et que la religion des principes y est à créer.*

Si nous rappelons ici ces paroles, c'est qu'elles signalent, avec une remarquable sagacité et avec trop de raison, l'une des plaies les plus profondes de ce pays, l'un des obstacles les plus sérieux qu'y ait rencontrés et qu'y rencontre encore le solide établissement d'un régime libéral. Un tel régime, en effet, exige et suppose avant tout le sentiment et le respect du droit; or les faits démontrent que le progrès des idées, sous ce rapport, n'est pas plus avancé aujourd'hui qu'à l'époque où écrivait l'éminent publiciste dont nous venons de citer les réflexions. Qu'un acte arbitraire soit commis ou dénoncé, la première question que se posent la plupart des hommes auxquels il appartiendrait de s'en émouvoir n'est pas celle de savoir si cet acte présente bien le caractère d'une violation du droit : à peu d'exceptions près, ils se demandent s'il tombe actuellement sur

eux ou sur leur parti, et, une fois rassurés à cet égard, ils ne sont pas éloignés de se réjouir du coup qui frappe aujourd'hui des adversaires, sauf à les atteindre eux-mêmes demain. Le nombre est grand, en France, de ces *révolutionnaires attardés*, comme les qualifie fort justement l'honorable M. Odilon Barrot (*De la centralisation et de ses effets*, p. 22), *dont le libéralisme consiste uniquement à bien haïr les nobles et à dire beaucoup de mal des prêtres.* Le nombre n'est guère moins grand des sectateurs d'une école soi-disant religieuse, mais plus funeste encore à la religion qu'à la liberté, qui n'admet l'existence du droit, comme jadis une autre école n'admettait celle de l'esprit, que pour elle et ses amis.

Mais enfin, quelque défavorable que soit un pareil état des esprits à la discussion d'une thèse de pure légalité, il n'est pas tellement général qu'il doive absolument décourager toute controverse de cette nature; en d'autres termes, il existe encore quelques esprits qui, répondant à l'appel de l'Empereur, s'efforcent de créer dans notre société la religion des principes et demeurent fidèles au culte du droit. C'est là ce qui nous détermine à soumettre à un court examen la question que nous venons de poser, quoiqu'elle n'ait point été ou parce qu'elle n'a point été abordée au Sénat dans la séance à laquelle nous venons de faire allusion [1].

II. En ce qui concerne d'abord les ministres du culte catholique, il serait facile de soutenir que le pouvoir législatif lui-même n'a pas, sur leur traitement, la plénitude ordinaire de son action; car le traitement est une des conditions du concordat passé en 1801 entre le gouvernement spirituel de l'Église et le gouvernement temporel de la France, et, par suite, l'accord des deux volontés, le concours des deux puissances serait indispensable pour altérer, supprimer ou modifier ces conditions. Il n'est pas nécessaire, toutefois, d'approfondir cette doctrine, que nous croyons exacte et vraie en elle-même, mais dont certaines conséquences pourraient avoir besoin d'être accompagnées de quelques réserves. Ce qui, à nos yeux, ne

[1] On comprend que nous n'avons ni la prétention ni le besoin de refaire l'excellent article que M. Albert de Broglie a déjà publié sur ce sujet dans *le Courrier du dimanche* du 9 juin dernier. Nous nous référons et nous nous associons de tous points à son travail, que nous nous proposons seulement de compléter sur le terrain légal.

peut être contesté, c'est que tout au moins le pouvoir législatif possède seul, à l'exclusion du pouvoir exécutif, le droit de régler en ce point l'application du concordat, et que dès lors la loi seule peut et doit déterminer les cas dans lesquels le traitement des ministres du culte catholique est susceptible d'être supprimé ou suspendu. Or il n'existe aucune loi, aucun décret ayant force de loi, qui ait conféré à l'administration le droit de suspendre ce traitement par voie disciplinaire ou discrétionnaire [1], et il suffit de remarquer à cet égard que si un tel droit dérivait pour elle de la nature des choses et de sa compétence générale, il eût été fort inutile de l'écrire expressément dans des dispositions spéciales, concernant des cas déterminés : il eût été inutile, par exemple, de prévoir, comme l'a fait l'ordonnance réglementaire du 31 décembre 1841, dans celles de ses dispositions qui règlent l'exécution de l'article 8 de la loi de finances du 23 avril 1833 [2], les circonstances qui constitueraient l'absence de la paroisse et devraient entraîner la privation totale ou partielle du traitement; il n'eût pas été moins inutile de déterminer (décrets des 17 novembre 1811 et 6 novembre 1813) les conséquences que devrait produire, à ce point de vue, la suspension canonique des titulaires d'emplois ecclésiastiques, etc. Si l'on a jugé nécessaire d'investir l'administration, dans ces cas, de pouvoirs spéciaux et définis, il s'ensuit qu'elle ne les possède que dans les limites des dispositions légales qui les lui ont conférés.

Le décret du 6 novembre 1813, auquel sa date a donné force de loi, contient, il est vrai (art. 27), la disposition suivante : « Dans le cas où il y aurait lieu à remplacer provisoirement un « curé ou desservant qui se trouverait éloigné du service, ou « par suspension par peine canonique, ou par maladie, ou par « voie de police, il sera pourvu à l'indemnité du remplaçant « provisoire, conformément au décret du 17 novembre 1811. »

[1] Nous ne connaissons même aucun décret, aucune ordonnance quelconque, ayant ou n'ayant pas force de loi, qui lui ait attribué ce droit, et, si par hasard il était écrit dans une instruction ministérielle (ce que nous ignorons), il serait superflu de faire remarquer qu'une pareille instruction serait légalement dépourvue de toute valeur.

[2] Cet article est ainsi conçu : « Nul ecclésiastique salarié par l'État, lors« qu'il n'exercera pas de fait dans la commune qui lui aura été désignée, ne « pourra toucher son traitement. » Quant à l'ordonnance du 31 décembre 1841, elle contient le règlement général de la comptabilité des cultes.

Mais, dans les divers cas prévus par cet article, c'est à l'autorité épiscopale qu'appartient exclusivement le droit d'éloigner du service le curé ou le desservant titulaire, et de pourvoir à son remplacement provisoire. Il en serait ainsi, à notre avis, dans le troisième de ces cas comme dans les deux premiers, si le décret de 1813 était susceptible de recevoir, sous ce dernier rapport, une application quelconque; mais nous avouons humblement ne pas savoir ce que serait l'éloignement d'un curé ou desservant *par voie de police*, et nous nous empressons d'ajouter que nous ne croyons pas qu'à aucune époque, depuis 1814, depuis la reprise des rapports établis entre le gouvernement civil de la France et le gouvernement spirituel de l'Église par le concordat de 1801, l'administration ait jamais revendiqué un pareil pouvoir.

III. A supposer, du reste, que le droit dont il s'agit appartînt d'une manière générale à l'administration vis-à-vis des fonctionnaires publics proprement dits, il ne serait pas possible d'en conclure qu'il lui appartient vis-à-vis des ministres des divers cultes, et surtout vis-à-vis des ministres du culte catholique, qui ne sont pas fonctionnaires publics : à leur égard, une loi expresse serait nécessaire, et cette loi, nous le répétons, n'existe pas. Et non-seulement elle n'existe pas, mais nous ne craignons pas d'affirmer que, dans un temps régulier, il ne se trouvera aucune assemblée législative qui consente à la créer : nous ne croyons pas avoir besoin d'indiquer à nos lecteurs, avec et après M. Albert de Broglie, avec et après les plus hautes autorités, les inconvénients et les dangers de toute nature qu'entraînerait une pareille absorption du pouvoir spirituel par le pouvoir civil.

Hâtons-nous d'ajouter que ce pouvoir arbitraire n'existe pas davantage vis-à-vis des fonctionnaires publics. Sans doute, en ce qui touche les fonctionnaires révocables *ad nutum*, l'administration supérieure a un moyen fort simple d'arriver au même résultat : elle peut les placer dans l'alternative d'une suspension de traitement acceptée sans réclamation ou d'une destitution; il faut même reconnaître qu'à l'égard d'un grand nombre d'entre eux, elle est revêtue d'une véritable juridiction disciplinaire, qui peut très-bien, sans aucune illégalité, se traduire par une privation temporaire, intégrale ou partielle, de leur traitement. Mais il n'en est ainsi ni des magistrats inamovibles

ni de certains fonctionnaires dont le législateur a protégé la situation par des garanties exceptionnelles, ce qui comprend notamment les officiers de l'armée de terre et de l'armée de mer. Le traitement des magistrats, d'abord, ne peut leur être enlevé que dans les cas et avec les formes fixés par les lois, notamment : 1° pour cause d'absence sans congé; 2° lorsque la peine de la censure ou de la suspension provisoire a été prononcée contre un magistrat par la compagnie à laquelle il appartient ou par une Cour hiérarchiquement supérieure; 3° lorsque la justice a décerné contre un magistrat un mandat de dépôt ou d'arrêt, ou qu'il a été condamné à une peine correctionnelle (loi du 28 floréal an X, loi du 20 avril 1810 et décrets des 6 juill. et 18 août suivants, etc.). Quant aux officiers, le gouvernement conserve et doit conserver la liberté de leur donner ou de ne pas leur donner un emploi actif; mais s'ils sont en non-activité, il ne peut leur enlever la solde afférente à cette position que dans les cas prévus par les lois ou règlements militaires, et il ne peut les faire passer de la non-activité à la réforme ou à la retraite, auxquelles, du reste, une solde ou une rémunération spéciale demeure attachée, qu'en se conformant aux dispositions de la loi du 19 mai 1834, qui a rendu inviolable, dans les limites possibles, l'état des officiers.

La prétention émise et appliquée par l'administration à l'égard des ministres des cultes ne pourrait donc être accueillie qu'en autorisant l'administration de la justice et celles de la guerre et de la marine à s'arroger le même pouvoir à l'égard des magistrats et des officiers. Ce ne serait même pas par un simple argument *à pari*, ce serait par un argument *à fortiori* que ces administrations seraient fondées à invoquer l'autorité d'un pareil précédent.

Il faudrait aller plus loin encore, et si l'administration, par mesure disciplinaire ou politique, pouvait suspendre ou supprimer arbitrairement les traitements des ministres des cultes, des magistrats, des officiers, nous défions ses plus ingénieux avocats de reculer devant la même conséquence à l'égard des créanciers de l'État, par exemple à l'égard des fournisseurs ou entrepreneurs qui se sont chargés d'un service ou d'une entreprise d'utilité publique. La dette de l'État envers les uns n'est ni plus ni moins sacrée qu'envers les autres : si l'administration peut, en dehors de toute décision de la justice, se refuser

à acquitter le traitement d'un prêtre ou d'un magistrat, sous prétexte qu'elle ne saurait être tenue de rémunérer une parole qui lui paraît être dirigée contre l'État, le même raisonnement aura la même valeur contre quiconque, à un titre quelconque, se présentera pour puiser dans les caisses publiques.

IV. Nous ne croyons pas, au surplus, que, placée sur le terrain des textes, la question qui fait l'objet de nos observations puisse donner lieu au moindre doute; mais il n'est pas absolument impossible de soutenir que, quelles qu'elles soient, les mesures de l'administration à l'égard des traitements de toute nature ne relèvent que de l'administation elle-même, et ne peuvent jamais donner lieu à un recours contentieux. Nous avons rencontré et nous avons combattu devant le Conseil d'État, il y a quelques années, cette objection, qui nous a inspiré alors plus d'étonnement que d'hésitation; nous allons rappeler les circonstances dans lesquelles elle a fait son apparition, parce que, à nos yeux, elle fournit le seul moyen, si mauvais qu'il soit, d'expliquer l'abus de pouvoir que nous signalons.

En fait, MM. Saleta et Boixo, l'un président du tribunal de Prades, l'autre juge à ce siége, avaient été suspendus de leurs fonctions, en mars 1848, par une commission qui, de sa propre autorité, s'était emparée de l'administration du département des Pyrénées-Orientales. Cette suspension ne fut d'ailleurs confirmée ni par le commissaire extraordinaire du gouvernement provisoire ni par le gouvernement, mais elle se prolongea de fait jusqu'au décret du 2 mai 1849, qui la fit cesser. MM Saleta et Boixo réclamèrent alors le traitement dont ils avaient été privés, et leur réclamation ayant été rejetée par le ministre de la justice, ils se sont pourvus au Conseil d'État. Indépendamment des autres questions que l'affaire soulevait, une difficulté préjudicielle était opposée au pourvoi. S'il s'agissait, disait-on, de la liquidation de la pension de retraite, le Conseil d'État serait compétent pour apprécier au contentieux la régularité et la légalité de l'acte qui avait suspendu ces magistrats, et pour décider si cet acte a pu porter atteinte à leurs droits. Mais il n'en est pas de même quant au traitement d'activité : les mesures que prend l'administration à cet égard, sous sa responsabilité, échappent, par leur nature, à tout débat contentieux.

Chargé de remplir, comme commissaire du gouvernement, les fonctions du ministère public dans cette affaire, nous avons répondu à l'objection dans les termes suivants :

« Nous avouons que notre esprit ne saisit pas la raison de la « différence que l'on veut établir. A nos yeux, le traitement est « le droit du fonctionnaire en activité, au même titre que la « pension est le droit du fonctionnaire admis à la retraite. « Sans doute, pour le plus grand nombre des fonctionnaires, « le traitement peut être atteint dans des circonstances où la « pension ne pourrait pas l'être : d'abord, pour tous les fonc- « tionnaires révocables, la perte du traitement suit la perte de « l'emploi, qui peut lui-même, en général, être discrétion- « nairement retiré, tandis que la pension ne peut pas l'être; de « plus, la privation totale ou partielle du traitement peut « constituer une mesure ou être la conséquence d'une mesure « disciplinaire, dont la possibilité cesse après la mise à la re- « traite. Mais ces différences ne font rien à la question qui nous « occupe. Le traitement, nous le répétons, est le droit du fonc- « tionnaire; si donc il s'agit d'un fonctionnaire inamovible, ou « qui ne peut être suspendu que dans des formes déterminées, « l'inobservation de ces formes ou la violation de ces disposi- « tions lui donne le droit de revendiquer le traitement dont il « a été irrégulièrement privé, et c'est là un droit contentieux « au premier chef. Votre jurisprudence, Messieurs, ne fournit « pas beaucoup d'exemples de ces questions, et l'on comprend « en effet qu'elles ne sont pas de nature à se présenter fréquem- « ment devant vous. Cependant, pour ne citer qu'un seul pré- « cédent, nous rappellerons votre décision du 5 août 1837, sur « le pourvoi de MM. les maréchaux Maison, Molitor et autres : « les anciens membres du Conseil savent à quelle discussion « a donné lieu cette affaire, qui soulevait une question de trai- « tement; mais si le fond a été vivement débattu, nul n'a con- « testé la recevabilité du recours au contentieux. Dans un autre « ordre de faits, il vous est souvent arrivé d'avoir à réprimer « des atteintes illégalement portées à l'état des officiers, tel « qu'il est établi et garanti par la loi du 19 mai 1834 : avez- « vous jamais vu l'administration de la guerre contester, en « pareil cas, les conséquences de vos décisions quant au trai- « tement dont un officier avait été illégalement privé, et si, en « dehors de la question d'existence ou de suffisance des crédits

« mis à sa disposition, elle les avait contestées, auriez-vous « hésité à annuler ses actes à cet égard? Quant à nous, nous « n'avons aucun doute sur ce point, et nous n'en avons ni pour « l'officier ni pour le magistrat ni pour tout autre fonction- « naire ou salarié de l'État, à l'égard duquel l'administration « aurait excédé les limites de son droit.

« Nous ajoutons que, selon toute apparence, la prétention que « nous repoussons est un dernier vestige ou un dernier écho « d'une prétention plus générale, déjà condamnée par votre « jurisprudence. Ce n'était pas, en effet, pour les traitements « seulement que l'administration réclamait autrefois cette omni- « potence : elle la réclamait aussi pour les pensions, à l'égard « desquelles elle a longtemps nié le recours contentieux. Battue « définitivement sur ce terrain, elle tente aujourd'hui de con- « server au moins sa position sur celui des traitements : nous « espérons que vous ne lui laisserez pas cette illusion. »

Le décret intervenu sur cette affaire, à la date du 7 mai 1852, n'a pas jugé utile de statuer explicitement sur le moyen présenté; il s'est contenté de l'écarter implicitement et virtuellement, en accueillant le pourvoi au fond.

. Citons enfin un dernier et récent arrêt, qui ne fournit pas, il est vrai, un argument direct, mais qui peut être invoqué par analogie. Dans cette espèce, deux décisions de M. le ministre des cultes, rendues sur la demande de l'évêque diocésain, avaient : 1° fixé le traitement d'un *procuré*, nommé par l'autorité épiscopale pour remplacer provisoirement le curé titulaire, qu'une maladie empêchait de vaquer à ses fonctions; 2° ordonné que le curé titulaire remettrait au procuré la jouissance du presbytère. Sur le pourvoi formé contre ces décisions, le Conseil d'État, par un décret du 4 avril 1861 (Dalloz, *Rec. pér.*, 61, 3, 29), a confirmé la première et annulé la seconde, reconnaissant ainsi de nouveau le caractère contentieux de ces questions.

V. Nous n'avons pas, on le voit, examiné si un ecclésiastique, officieusement invité par le préfet à donner des explications verbales ou écrites sur les faits qui lui sont imputés, doit refuser de déférer à cette invitation, avec ou sans l'agrément de ses supérieurs hiérarchiques. A notre avis, il n'y a là qu'une question de conduite, de bonne et sage administration, d'utile et intelligente harmonie entre l'autorité civile et l'autorité reli-

gieuse; il n'y a point une question de droit proprement dite; il ne nous semble pas, du moins, que l'administration ait réclamé, à titre de droit, l'obéissance à une invitation de cette nature.

Il en serait autrement, sans doute, si un préfet, agissant en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, décernait un mandat de comparution ou d'amener contre un ecclésiastique qu'il soupçonnerait d'avoir commis, soit un des crimes ou délits prévus par les articles 201 à 208 du Code pénal, soit tout autre crime ou délit quelconque : nul ne contesterait qu'alors l'ecclésiastique ne fût légalement tenu de déférer à un pareil mandat. Mais le Code d'instruction criminelle ne confère ni aux préfets, ni aux officiers de police judiciaire, ni aux juges d'instruction le droit de suspendre préventivement le traitement des ecclésiastiques ou même des fonctionnaires [1], inculpés de crimes ou de délits. L'article 10 de ce Code exige d'ailleurs que le préfet livre aux tribunaux les auteurs des faits punissables contre lesquels ce fonctionnaire a devancé l'action judiciaire, et l'élasticité des termes de cet article est assez regrettable, aux yeux des jurisconsultes et des publicistes les plus divers, pour que du moins il ne soit pas permis de supprimer la condition qu'il contient.

VI. Nous ignorons si l'administration recèle, dans ses archives, des précédents émanés d'elle sur cette question, et, à vrai dire, nous nous en inquiétons peu; car ici le droit est si clair qu'un acte arbitraire de plus ou ne moins ne l'empêcherait pas d'être et de demeurer le droit. Nous pouvons cependant citer un fait qui nous est personnellement connu, et qui prouve qu'à une autre époque aucun doute ne semblait possible sur ce point. En 1831 ou 1832, le sous-préfet d'un arrondissement de la Bretagne fut informé que les desservants de certaines communes avaient quitté leurs résidences, et qu'on avait lieu de craindre qu'ils ne se fussent plus ou moins mêlés

[1] On a vu ci-dessus que la loi prononce la suspension du traitement du magistrat placé sous le coup d'un mandat *de dépôt* ou *d'arrêt*. Mais 1° il n'existe pas de loi semblable pour les ministres des cultes, qui du reste, une fois frappés par une condamnation judiciaire, perdraient à la fois leurs fonctions et leur traitement; 2° aucun mandat de ce genre n'avait été décerné, dans l'espèce, contre les ecclésiastiques dont le traitement a été suspendu.

aux troubles ou aux tentatives de troubles qui agitaient le pays; les maires de ces communes demandaient en même temps ce qu'ils devaient faire des mandats de traitements qui leur avaient été envoyés pour ces desservants. Le sous-préfet en référa au préfet, qui répondit que, dans l'état de la législation [1], l'absence momentanée des ecclésiatiques dont il s'agissait ne donnait point à l'administration le droit de retenir leurs traitements; que s'ils avaient commis ou étaient soupçonnés d'avoir commis des crimes ou des délits, il fallait les dénoncer à la justice; mais que, quant à présent, leurs traitements devaient demeurer à leur disposition, sauf à être atteints par la déchéance à l'expiration des délais fixés par les lois financières.

VII. Nous n'abordons pas non plus, nous ne voulons pas aborder l'argument tiré des considérations ou des nécessités politiques, qui auraient déterminé la mesure dont nous nous occupons. D'une part, l'expérience atteste que, dans les temps réguliers, un pareil argument n'est jamais introduit dans une question de pur droit que pour masquer une injustice ou une illégalité, et il concourt lui-même à établir que la prétention à l'appui de laquelle il est produit manque de base légale; au cas particulier, cette observation générale trouve trop bien son application pour qu'il nous paraisse utile d'accorder à ce côté de la question plus d'attention ou d'importance qu'il n'en mérite. D'autre part, aux époques où la bonne harmonie qui règne habituellement entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux éprouve momentanément quelques altérations, il arrive parfois que le premier s'exagère l'insuffisance de son action sur le second, et qu'alors il cherche à remédier par tous les moyens à une situation dont il n'aperçoit que les inconvénients passagers; mais parmi ces moyens, qui prennent trop facilement à ses yeux le caractère politique, il s'en trouve que le droit n'avoue pas, et ceci suffit à nos yeux pour que la politique elle-même ne doive pas les avouer davantage.

VIII. En définitive, nous ne faisons aucun doute que, si les ecclésiastiques dont l'administration s'est permis de suspendre ainsi le traitement avaient attaqué ces actes arbitraires devant le Conseil d'État, leur pourvoi eût été accueilli, et nous

[1] L'article 6 ci-dessus cité, de la loi du 23 avril 1833, n'existait pas encore; il a été, en partie, déterminé par ces faits.

n'hésitons pas à indiquer cette voie aux autres parties qui pourraient être à l'avenir victimes d'abus de même nature. Nous l'indiquons avec d'autant plus de confiance que le Conseil d'État, à toutes les époques, et particulièrement depuis 1852, a rendu, non-seulement aux intérêts privés, mais au gouvernement, l'immense service de réprimer, avec une remarquable fermeté, tous les excès de pouvoir administratifs qui lui ont été déférés : moins contenus et plus puissants qu'autrefois, délivrés aujourd'hui de certains contrôles qui contribuaient à les retenir dans les limites de la légalité, quelques administrateurs ont cédé, dans ces dernières années, à la tentation naturelle de franchir ces limites; mais ils ont trouvé un frein et un juge dans le Conseil d'État, toutes les fois que les droits lésés ont pu et su s'adresser à sa haute autorité.

E. REVERCHON.

DE LA PURGE.

DES ACQUISITIONS QUI ENTRAÎNENT UNE PURGE VIRTUELLE DES PRIVILÉGES ET DES HYPOTHÈQUES.

Par M J. E. LABBÉ, agrégé à la Faculté de droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Position de la question.
2 à 11. L'expropriation forcée purge les immeubles des priviléges et des hypothèques. Preuve par l'histoire et par les textes de nos Codes.
12 à 19. L'expropriation forcée purge même les hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites.
20. L'expropriation forcée éteint le droit de résolution d'un vendeur non payé.
21. Conclusion.
22. Que décider à l'égard du créancier qui n'a pas été sommé d'intervenir dans la vente sur saisie?
23. Que décider à l'égard du créancier dont l'inscription est postérieure à la sommation faite par le poursuivant aux créanciers inscrits?
24. Conséquences du défaut de payement du prix par l'adjudicataire.

25 à 29. Du cas où l'adjudicataire paye son prix sans ordre ou sur un ordre irrégulier.
30 et 31. Du cas où l'adjudicataire revend avant d'avoir payé.
32 et 33. L'adjudication sur surenchère du dixième emporte de plein droit la purge des hypothèques et l'extinction de l'action résolutoire du vendeur.
34 à 39. Du cas où des hypothèques ont surgi entre la transcription du contrat et l'adjudication sur surenchère au profit d'un étranger.
40 à 45. La vente des immeubles d'un failli à la requête des syndics purge-t-elle?
46 à 48. L'adjudicataire est-il dispensé de faire des notifications?
49 à 51. L'action résolutoire d'un précédent propriétaire survit à l'adjudication.

1. La translation de la propriété des immeubles grevés d'hypothèques s'opère dans trois circonstances distinctes. Ou l'obligation passe avec le domaine, et le nouveau propriétaire est débiteur en même temps que détenteur du fonds hypothéqué : il ne peut libérer son immeuble que par les causes ordinaires d'extinction de la dette. Ou la propriété se transmet sous la charge de l'hypothèque à un individu qui ne contracte et n'a contracté aucun lien personnel envers le créancier. Cet acquéreur est un tiers ; il peut offrir au créancier hypothécaire la valeur de l'immeuble et par ce moyen affranchir sa propriété. Ou bien encore l'aliénation s'accomplit de telle sorte que l'hypothèque s'éteint au moment où le fonds passe à un nouveau maître et celui-ci acquiert une propriété franche, à la seule condition de payer au créancier le prix de son acquisition.

En d'autres termes, parmi les acquéreurs d'immeubles, certains n'ont pas la faculté de purger ; beaucoup jouissent de cette faculté et ont intérêt à l'exercer.

Quelques-uns trouvent dans le mode même de leur acquisition une purge virtuelle du fonds et n'ont pas besoin d'accomplir une procédure particulière. C'est de cette dernière classe que nous allons nous occuper.

2. L'hypothèque, comme tout droit accessoire à une créance et la créance elle-même, n'offre qu'une utilité de transition, et celui qui en est investi n'est satisfait que lorsque étant payé ou désintéressé, il perd et sa créance et sa garantie. L'hypothèque consiste dans le droit, pour le créancier, de vendre

l'immeuble grevé et de se payer sur le prix. La vente est donc le terme naturel de l'hypothèque, et ce droit ne s'éteint alors que parce qu'il a rempli son office et atteint son but. Mais ce n'est pas toute vente du fonds affecté qui produit cet effet libératoire; c'est la vente à la requête ou en présence du créancier, et dans des formes qui assurent que le prix s'élèvera à la plus haute valeur de l'immeuble. L'adjudication sur saisie répond par excellence à cette double donnée. Elle est poursuivie par un créancier; tous les créanciers hypothécaires sont appelés à examiner les conditions de la vente et à soutenir les enchères. Une grande publicité l'entoure, et tient en éveil tous les intérêts. Une surprise qui aurait eu lieu dans l'adjudication peut être réparée par une surenchère. Il est donc infiniment probable que le prix fixé par l'enchère la plus élevée représente la valeur intégrale de l'immeuble, et il est juste que les créanciers dont cet immeuble est le gage se contentent de la répartition de cette somme. La propriété de l'immeuble adjugé sur saisie arrive donc à l'adjudicataire délivrée des charges hypothécaires dont elle était grevée, sous la condition du payement du prix.

L'expropriation forcée emporte extinction de tous priviléges et hypothèques. Le nouveau propriétaire n'a pas besoin de purger.

3. Ce principe a aujourd'hui sa plénitude et toute sa raison d'être. Mais il est curieux de voir par quelles vicissitudes il a passé.

En droit romain, l'effet résultant de la vente par un créancier d'un bien engagé ou hypothéqué, variait suivant que ce créancier était ou n'était pas le premier, le plus ancien. Un créancier hypothécaire qui, après s'être fait mettre en possession par l'action *quasi serviana* vendait et livrait la chose, procurait à son acheteur, par rapport aux autres créanciers, une position analogue à la sienne. Était-il le premier, le plus ancien, celui qui avait le droit de l'emporter sur les autres dans l'action hypothécaire, l'acheteur n'avait pas d'éviction à redouter de la part des créanciers. Il était en mesure d'opposer, à toute réclamation fondée sur un droit d'hypothèque, une exception semblable à celle qui en pareille circonstance eût fait triompher son auteur. Il excipait de ce que celui dont il était l'ayant cause avait un droit plus fort que celui du réclamant. On peut dire en

ce cas que le bien était purgé et que l'acheteur avait une propriété franche [1].

Le vendeur du gage était-il un créancier primé par d'autres, la règle était la même, mais les conséquences étaient bien différentes. L'acheteur était exposé à être évincé par les créanciers préférables à son vendeur, et comme, en droit romain, les hypothèques étaient occultes, on juge combien peu de sécurité offrait la situation de l'acheteur d'un fonds hypothéqué [2].

Une hypothèse particulière mérite notre attention, parce qu'elle a été la source des principes du droit moderne. Lorsque par la publicité accidentelle ou normale donnée à la vente un créancier préférable au vendeur, étant présent, avait connu la vente et ne s'y était pas opposé, il était réputé avoir fait remise de son hypothèque et était privé du droit d'inquiéter l'acheteur [3].

4. Notre ancien droit, tout en s'appuyant sur les lois romaines, modifia profondément le système. Les immeubles, pour être convertis en argent au profit des créanciers même hypothécaires, durent être par une saisie placés sous la main de justice, mis en vente dans des formes solennelles, avec une grande publicité, adjugés au plus offrant sous la surveillance du juge. « En la vente « des immeubles saisis, nous dit Loyseau, nous y faisons beau- « coup plus de façon et de cérémonie qu'en droit romain, et les « solennités sont spécifiées par nos coutumes et ordonnances, « lesquelles il faut droitement et soigneusement observer. Au- « trement pour la moindre omission, le décret est nul, et après « ces solennités l'adjudication de l'héritage se fait en pleine « audience par le juge et pour cette cause nous l'appelons dé- « cret [4]. » Mais aussi tous les intéressés furent présumés connaître cette procédure ; ils durent y intervenir pour la conservation de leurs droits. Leur abstention fut considérée comme une suite de leur négligence, et l'on invoqua contre eux, en vertu de cette présomption, la déchéance portée par la loi romaine contre

[1] LL. 6 et 7, C., *De oblig. et act.*, 4, 10; L. 6, C., *Qui pot. in pig.*, 8, 18; LL. 1, 2, 3, C., *Si antiq. cred.*, 8, 20.

[2] LL. 1 et 5, D., *De distr. pign.*, 20, 5; L. 8, C., *Qui pot. in pig.*, 8, 18; LL. 1, 2, C., *Si antiq. cred.*, 8. 20.

[3] L. 6, C., *De remiss. pig.*, 8, 26.

[4] *Du déguerp.*, liv. III *de l'Act. hyp.*, ch. 1.

celui qui connaissait positivement la vente de son gage et gardait le silence [1].

Le décret éteignait tous les droits qui n'avaient pas été exercés en temps utile, et l'adjudicataire acquérait un domaine préservé de presque toutes les chances d'éviction [2].

Si nous comparons avec le droit romain, nous constatons une double différence : 1° La vente dans les formes légales avait le même effet quelle que fût la qualité, quel que fût le rang du créancier qui l'avait requise et poursuivie. 2° Les formalités accomplies tenaient lieu de la connaissance et de la présence de tous les créanciers.

5. Loisel a exprimé ce droit dans deux de ses maximes : « Un décret adjugé vaut deshéritance; un décret nettoie toutes « hypothèques et droits, fors les censuels et feudaux [3]. »

La coutume de Poitou a émis le même principe dans des termes généraux qui en montrent l'étendue : « Seront forclos tous « ceux qui se diront avoir droit, rentes ou autres devoirs sur « la chose adjugée, qui ne se seront opposés, et en sera baillé « possession au dit acheteur par autorité de la Cour, et est la « dite acquisition par telle adjudication par décret, de telle vertu « que toutes personnes ainsi appellées ou préconisées en sont « forcloses soit majeurs ou mineurs, gens d'église ou autres, « présens ou absens, pourvu que les solennités introduites par « les ordonnances royaux aient été gardées et observées [4].

6. Bourjon indique avec précision le motif de la règle : « Faute « d'opposition de la part des personnes qui ont des droits sur « l'immeuble, le décret purgerait leurs droits ; c'est le juste « effet des décrets et de leur publicité, de mettre l'adjudicataire « à l'abri de tout trouble. — Par cette publicité les parties in- « téressées en sont instruites, et peuvent s'opposer au décret

[1] La grande glose expliquant la loi 6, C., *De remiss. pig.*, disait que le créancier est présumé présent lorsqu'il a pu avoir connaissance des proclamations qui ont été faites publiquement. V. Basnage, *Des hyp.*, ch. 17.

[2] Le décret forcé anéantissait, par une sorte de prescription rapide, même la propriété et les droits réels principaux que des tiers avaient sur la chose saisie et mise en la possession du commissaire aux saisies réelles, sauf le douaire et le droit d'une substitution non ouverte. Mais ce principe exorbitant a été répudié par le législateur moderne (art. 717 C. proc. civ.). Notre travail est restreint à la purge des hypothèques et des priviléges.

[3] *Inst. cout.*, liv. VI, tit. 5, §§ 14 et 15.

[4] Art. 454.

« pour la conservation de leurs droits; ainsi s'ils ne le font pas « ils doivent l'imputer à leur négligence, puisque par la publicité « ils ont été instruits du décret qui devait militer contre eux [1]. »

7. Il importe de remarquer ceci. La publicité était générale, impersonnelle; aucun intéressé ne recevait d'avertissement spécial. La déchéance était absolue et les créanciers ordinairement les plus favorisés, les mineurs, les femmes mariées, les églises, n'échappaient pas à une règle commune à tous, de même que les mesures de publicité s'adressaient indistinctement à tout le monde [2].

8. Le décret forcé suffisait donc à procurer à l'adjudicataire une sûreté complète, du moins en ce qui concerne les actions hypothécaires.

Les acquéreurs autres que les adjudicataires sur saisie voulurent jouir d'une sécurité semblable; ils simulèrent un décret que l'on distingua du décret sérieux en l'appelant décret volontaire. L'édit de juin 1771 n'eut qu'un but : substituer au décret volontaire une procédure plus simple, plus rapide, moins dispendieuse et conduisant au même résultat. Cette procédure nouvelle, qui a été conservée dans le Code Napoléon pour la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, n'avait pas d'autre application que celle du décret volontaire. Elle était uniquement relative aux aliénations autres que les expropriations forcées. Le préambule et l'article 6 de cet édit le prouvent surabondamment. Par conséquent le décret forcé conserva toujours la puissance de purger, sans aucune distinction, toutes les hypothèques qui grevaient l'immeuble saisi. Ceux d'entre les créanciers qui avaient formé opposition avaient, en échange de leur droit réel, un droit sur le prix de l'adjudication. Ceux qui étaient restés dans une complète inaction étaient, au moment de la levée du décret, frappés d'une déchéance absolue, et aucun d'eux, pas même les incapables, n'était admis à exercer au moins un droit de préférence sur le prix jusqu'à la clôture de l'ordre.

9. Le droit intermédiaire continua une tradition aussi rationnelle. Seulement, comme le législateur de l'an VII assujettit tous les droits réels de préférence sur des immeubles à publicité

[1] *Droit comm. de la France*, V^e^ partie, tit. 8, ch. 6, n^os^ 56 et 84.

[2] Louet et Brodeau, Lett. D, ch. 32. — D'Héricourt, *Vente des imm.*, ch. 9. — Pothier, *Cout. d'Orl.*, intr. au titre 21, n^os^ 110 et suiv.

par la voie de l'inscription, il put donner à ces créanciers une garantie de plus en les faisant avertir individuellement de la vente en justice du fonds qui leur était affecté. La seconde loi du 11 brumaire an VII organisa pour la première fois cette mise en cause dans la procédure de vente forcée des créanciers inscrits. Elle ajouta pour ces créanciers une notification particulière à la publicité générale jusqu'alors usitée. Aussi et plus justement encore que par le passé, la propriété se dégageait de cette épreuve, franche et libérée au profit de l'adjudicataire.

10. Le projet de Code civil s'occupa avec étendue de l'expropriation forcée. Il fit retour aux anciens principes, ne maintint pas l'inscription préalable comme une condition de l'efficacité des hypothèques, provoqua les créanciers à intervenir dans la procédure de vente sur saisie par une grande publicité, et frappa de déchéance tous les créanciers qui ne s'étaient pas fait connaître en temps utile. Il fit passer tous les intéressés, même les plus favorables, sous le niveau d'une règle inflexible, et il se montra même sous un rapport plus rigoureux que l'ancien droit, car il décida que l'ordre entre les créanciers serait réglé définitivement avant l'adjudication, et les créanciers perdirent la faculté qu'il avaient jadis de former opposition jusqu'à la délivrance du décret, c'est-à-dire la levée du jugement d'adjudication [1]. Quoi qu'il en soit de ces nuances, l'expropriation forcée purgeait l'immeuble de toute affectation hypothécaire.

Ce qui achève de mettre cette vérité dans tout son jour, c'est que les lettres de ratification, mode de purge emprunté à l'édit de 1771 et qui revit dans les articles 2193 et suivants du Code Napoléon, n'étaient applicables qu'*aux actes volontaires translatifs de propriété*. Telle était la disposition textuelle de l'article 2 du titre 7, livre III, de ce projet. L'adjudicataire sur saisie n'avait aucun besoin de recourir à cette procédure.

11. Le Code Napoléon, en admettant une exception au principe de la nécessité de l'inscription en faveur des incapables, a opéré une transaction entre le droit ancien et le droit intermédiaire. Mais il a dû conserver l'effet traditionnel de l'expro-

[1] Dans quelques provinces, notamment en Bourgogne, l'ordre se réglait aussi avant l'adjudication. Mais des oppositions pouvaient survenir dans la plupart des juridictions jusqu'à ce que le décret fût délivré. Elles rendaient nécessaire un changement de l'ordre déjà réglé. (D'Héricourt, *Vente des immeubles*, p. 144 et 195.)

priation forcée quant à la purge de toutes les hypothèques. En effet, quelle que fût la source où il puisât ses exemples, il trouvait ce principe établi. Aussi, bien que le législateur impérial ne l'ait exprimé nulle part, il l'a présupposé dans plusieurs articles. L'article 749 du Code de procédure civile fait courir les délais de l'ordre de la signification du jugement d'adjudication sur saisie, ou en cas d'appel de la signification de l'arrêt confirmatif. Aucun laps de temps n'est laissé à l'adjudicataire pour remplir des formalités de purge quelconques. L'adjudicataire est considéré comme en demeure de payer son prix parce qu'il n'a aucune poursuite hypothécaire à redouter. L'article 775 nous présente la contre-partie du tableau en statuant qu'en cas d'aliénation AUTRE QUE CELLE PAR EXPROPRIATION l'ordre ne peut être ouvert qu'après l'expiration des délais prescrits par le Code Napoléon pour la purge des hypothèques inscrites et pour la purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.

Il résulte au surplus, de la combinaison du chapitre 8 avec le chapitre 9 du titre 18, liv. III du Code Napoléon, que le Code, en réglant la purge des hypothèques légales ou autres, inscrites ou non inscrites, n'a eu en vue que les aliénations volontaires de l'immeuble grevé. Ce n'est pas pour l'adjudicataire sur expropriation forcée que cette double procédure est introduite. Il n'en a pas besoin.

12. Cette solution n'a jamais été douteuse pour les hypothèques assujetties à l'inscription. Le Code de procédure, à l'imitation de la seconde loi du 11 brumaire an VII, a ordonné que le poursuivant fît sommation aux créanciers inscrits sur les biens saisis, de prendre communication du cahier des charges et d'assister à la fixation du jour de l'adjudication. On comprend que ces créanciers mis à même d'enchérir ou de convoquer des enchérisseurs dussent accepter comme suffisant le prix de l'adjudication.

Mais la décision devait-elle être identique à l'égard des créanciers dispensés de s'inscrire et auxquels aucun avertissement individuel n'était adressé ? L'affirmative résulte des arguments que nous avons déduits des dispositions du Code Napoléon et du Code de procédure.

13. Cette interprétation de nos Codes a été tout d'abord consacrée par la Cour de cassation, et dans une hypothèse où, après l'adjudication, après la distribution du prix, la femme

du saisi, jusqu'alors étrangère à la procédure, avait formé tierce opposition au jugement d'ordre et prétendait exercer un droit de préférence, la Cour suprême a décidé que cette femme avait perdu son hypothèque par l'effet de l'expropriation forcée. Aux raisons de texte que nous avons rappelées, elle ajoute cette considération : « L'exécution des formalités de la vente sur « saisie suffit pour éveiller l'attention des créanciers qui ont « une hypothèque légale indépendante de toute inscription. La « multiplicité et la publicité de ces formalités, jointes à la « longue durée de la procédure et au grand nombre de per- « sonnes chargées par la loi de prendre inscription pour les « femmes et mineurs, ont déterminé le législateur à considérer « comme surabondantes et superflues, dans le cas de vente sur « saisie immobilière, les formalités prescrites par l'article 2194 « du Code civil. » (21 nov. 1821, sect. civ., rej.)

14. Cette jurisprudence reposait sur des motifs logiquement inébranlables. Mais elle constatait un défaut d'harmonie dans la législation. Les créanciers les plus favorables étaient les moins bien traités. Les créanciers ordinaires étaient mis en cause dans la vente forcée et pouvaient sauvegarder leurs intérêts. Les incapables n'étaient pas appelés, et aucune mesure particulière n'était prise pour qu'eux ou leurs protecteurs connussent la saisie de leur gage. La faveur dont ils ont été l'objet par la dispense d'inscription, tournait à leur détriment et rendait leur condition pire au moment de l'expropriation. Sans doute on pouvait répondre que l'ancien droit avait été conservé purement et simplement pour la femme et les personnes en tutelle, et que c'était dans leur intérêt que les nouveaux principes du régime hypothécaire ne leur avaient pas été appliqués. Or jamais on ne s'était plaint que ces personnes fussent autrefois protégées d'une manière insuffisante. Mais si chaque système pouvait en soi se justifier, le législateur n'avait pas assez réfléchi au désaccord qui ressortait du rapprochement de ces deux systèmes : l'un qui adresse un avis spécial à chaque créancier inscrit, l'autre qui n'emploie d'autre moyen de dissiper l'ignorance des créanciers dispensés d'inscription et par cela même privilégiés, qu'une publicité générale et impersonnelle. Cette différence était d'autant plus choquante que dans la procédure de purge, à la suite d'une aliénation volontaire, on trouvait l'exemple du soin avec lequel le législateur s'efforce

çait de prévenir individuellement les incapables dont l'immeuble garantissait les créances, ou les représentants de ces incapables.

15. Une telle anomalie frappa vivement les magistrats. Dans une affaire qui donna lieu à un double pourvoi en cassation, un adjudicataire avait payé les créanciers du saisi sans avoir fait procéder à un ordre régulier. Un mineur avait son hypothèque légale sur l'immeuble et inscription avait été prise pour lui avant que l'adjudicataire eût payé son prix. L'espèce était favorable. M. Dupin, procureur général, portant la parole devant les chambres réunies, émit la pensée qu'un adjudicataire sur saisie doit, avant de se libérer, mettre les créanciers dispensés de s'inscrire en demeure de se faire connaître et d'exercer leur droit, par l'accomplissement des formalités de l'article 2194 du Code Napoléon. Mais il fit remarquer que cette grave question n'était pas nécessairement engagée dans le débat. Le mineur n'attaquait pas l'adjudication ; il agréait le prix ; il voulait seulement en avoir sa part dans la mesure de son droit hypothécaire. Il suffisait d'admettre que sinon le droit de suite, du moins le droit de préférence survit à l'expropriation forcée jusqu'à ce qu'un ordre ait été régulièrement accompli. Le savant procureur général donna de fortes raisons dans le sens de cette doctrine. Mais la Cour de cassation, qui n'a jamais sanctionné cette séparation des éléments de l'hypothèque, ne vit d'autre moyen de secourir un créancier digne d'intérêt que de revenir sur sa jurisprudence antérieure, de s'élever contre un principe consacré depuis des siècles et de déclarer que la vente sur saisie purge l'immeuble seulement des hypothèques inscrites et non pas des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites.

16. Voici le raisonnement de cet arrêt qui, de quelque façon qu'on l'envisage, a fait apparaître un vice grave dans la législation :

« Le Code civil pose les principes relatifs à l'établissement,
« à la conservation et à l'extinction des hypothèques, tandis
« que le Code de procédure ne règle que l'exercice de ce droit.
« D'ailleurs le Code de procédure garde le silence sur les hypo-
« thèques légales, et il les laisse ainsi même pour l'exercice de
« ce droit sous l'autorité des dispositions du Code civil. C'est
« dès lors uniquement dans ce Code qu'il faut puiser les motifs

« de cette décision. — D'après l'article 2135 du Code civil, l'hy-
« pothèque légale du mineur existe indépendamment de toute
« inscription. — Ce Code ne pose d'autre limite à cette dispense
« d'inscrire l'hypothèque légale que celle qui se trouve dans
« les articles 2193 et 2194 qui déterminent les formalités que
« l'acquéreur d'un immeuble appartenant à un mari ou à un
« tuteur est tenu de remplir s'il veut purger les hypothèques
« dont cet immeuble peut être grevé. — La loi ne fait aucune
« distinction à cet égard entre les ventes volontaires et les
« ventes par expropriation forcée. — Si dans ce dernier cas
« l'acquéreur était dispensé de se conformer aux dispositions
« des articles 2193 et 2194, la protection que la loi a voulu
« accorder aux femmes et aux mineurs en établissant en leur
« faveur l'hypothèque légale avec tous ses effets, et notamment
« la dispense de l'inscrire, deviendrait illusoire et tournerait
« contre eux. »

17. La Cour, par une volonté arbitraire, commence par écarter le Code de procédure, et c'est principalement dans ce Code que se trouvent les dispositions relatives à l'expropriation forcée, non-seulement à ses formes, mais encore à ses effets. N'insistons pas, d'ailleurs, sur la critique des textes. On peut, je crois, l'affirmer. La Cour, en cette occurrence, a fait la loi sous prétexte de l'interpréter; mais le législateur lui a donné, depuis, raison.

La Cour suprême a persévéré dans la voie où elle s'était solennellement engagée, et elle a suivi fermement son nouveau principe dans les espèces les moins favorables. Un arrêt du 18 décembre 1839 statue sur une affaire où la distribution du prix d'adjudication avait été judiciairement réglée; le prix avait été payé sur des mandats de justice; l'adjudicataire avait même revendu, et c'était contre un sous-acquéreur que s'exerçait la poursuite hypothécaire. Le seul tort commis avait été d'obéir trop littéralement aux prescriptions de la loi, aux articles 749 et 750 du Code de procédure civile.

18. Du reste, mettre l'adjudicataire dans la nécessité d'exécuter une procédure de purge, l'exposer à une surenchère tardive, retarder la distribution du prix, avait de graves inconvénients. Ils ont été compris, et en 1841, lorsque les chambres s'occupèrent de la révision du titre de la saisie immobilière, la commission de la chambre des pairs proposa de faire remplir

par le poursuivant, pendant le cours de la procédure de vente, les formalités de l'article 2194, de faire apparaître tous les droits, de mettre en présence tous les intérêts, avant de recevoir les enchères, afin de rendre à l'adjudication sa primitive et précieuse irrévocabilité. La même idée fut présentée à la chambre des députés par M. Croissant. Cette proposition subit des deux côtés un regrettable échec. Les uns pensèrent que le créancier poursuivant n'apporterait pas le même soin que l'adjudicataire à rechercher les incapables investis d'hypothèques légales, à réveiller leur diligence. Le poursuivant y engagerait, il est vrai, sa responsabilité; mais l'adjudicataire est stimulé par un intérêt plus vif, plus certain, celui de la stabilité de son acquisition. Le plus grand nombre fut effrayé de la gravité de l'amendement, et ne voulut pas toucher au fond du droit à propos d'une réforme de procédure. Mais ce qui est remarquable, c'est que le sentiment exprimé par la Cour de cassation ne rencontra pas d'adversaire, et fut le point de départ de la discussion. Il fut universellement admis que l'expropriation forcée ne purgerait justement les hypothèques dispensées d'inscription que si les créanciers étaient, autant que possible, avertis individuellement et mis en cause.

19. La question resta dans les mêmes termes jusqu'en 1858. Le législateur de cette époque fut plus hardi que celui de 1841. Aujourd'hui le créancier qui poursuit une vente sur saisie doit adresser sommation de prendre communication du cahier des charges à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires ou subrogé tuteur des mineurs ou interdits, ou aux mineurs devenus majeurs, si dans l'un et l'autre cas les mariage et tutelle sont connus du poursuivant d'après son titre. Une copie de cette sommation est notifiée au procureur impérial [1]. Moyennant ces formalités, le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix.

L'article 717 du Code de procédure civile, dans sa rédaction actuelle, exprime, ce qui avait été jusque-là sous-entendu, que l'expropriation forcée libère et affranchit les immeubles de toute affectation hypothécaire.

Sans doute il y a des incapables ayant hypothèque sur l'im-

[1] Art. 692 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858.

meuble qui ne recevront pas d'avertissement individuel et qui ne connaîtront la vente que par la publicité des affiches et des journaux; ce sont ceux dont les noms ne seront pas portés sur le titre du poursuivant. Mais l'adjudicataire ne les aurait pas connus et interpellés davantage, car le cahier des charges ne contient pas un établissement de propriété plus complet que le titre du poursuivant qui le rédige, et par conséquent la purge accomplie après l'adjudication n'aurait pas mieux sauvegardé les droits de ces incapables. Peut-être cependant l'adjudicataire aurait-il connu d'ailleurs les propriétaires antérieurs au saisi, découvert leur état civil, et notifié le dépôt de son contrat à ceux qui de leur chef ont hypothèque sur l'immeuble, tandis que la loi nouvelle limite les obligations du poursuivant par les renseignements que lui fournit son titre. Cette différence tient à des faits accidentels et rares. En outre, le droit de surenchère est d'un exercice très-difficile pour la femme mariée ou le mineur. Leur plus grand intérêt est d'être colloqués sur le prix; or la loi nouvelle, après avoir donné sécurité à l'adjudicataire par l'anéantissement de tout droit de suite, réserve pendant un certain temps droit de préférence sur le prix à ceux qui ont des hypothèques légales dispensées d'inscription [1].

On doit donc applaudir à la sagesse de cette réforme. Si les incapables ne sont pas suffisamment protégés, la cause en est dans l'hypothèque légale occulte qui est une vicieuse institution, un mauvais mode de protection, et non dans la manière dont cette hypothèque se purge et s'éteint.

90. L'expropriation forcée détruit les droits réels accessoires, mais elle respecte les droits réels principaux compétant à des tiers sur l'immeuble saisi. « L'adjudication, nous dit l'article 717 déjà cité, ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi. » Le droit de résolution du vendeur pour défaut de payement du prix a une nature mixte. Ce droit est la sanction, l'accessoire, en quelque sorte, sinon la garantie de la créance du prix. Seulement par son exercice il aboutit au recouvrement de la propriété et non au payement de cette créance. Le législateur, en 1841, a pensé qu'il était juste de mettre le vendeur dans la nécessité d'opter avant l'adjudication entre sa créance et son action résolutoire

[1] Art. 717 précité, dernier alinéa.

Le vendeur ne sait pas, à cette époque, jusqu'où s'élèveront les enchères, et s'il sera intégralement payé ; mais il peut assister à la revente publique, et se rendre lui-même adjudicataire si les autres enchères ne lui assurent pas son payement. Il ne devra en ce cas aux créanciers de son acheteur exproprié qu'une somme égale aux à-compte par lui reçus. Or il aurait dû la restitution de ces à-compte dans l'hypothèse d'une résolution. Le vendeur n'a donc pas sujet de se plaindre, et la mesure prise à son égard, procurant à l'adjudicataire une sécurité précieuse, attire les enchérisseurs, et par leur concours détermine une élévation du prix.

Pour que le vendeur encoure cette déchéance, il faut, si son droit est révélé par une inscription, qu'il ait été averti spécialement par le poursuivant de l'alternative qui lui est imposée et de la sanction de la loi. Cette sommation doit lui être adressée au domicile élu dans l'inscription, ou à défaut de domicile élu par le vendeur, à son domicile réel, pourvu que ce domicile soit en France [1].

La loi ne parle que du vendeur. L'immeuble peut être sujet à d'autres droits de résolution. La même disposition leur est-elle applicable? Quant aux conditions résolutoires qui ne se rattachent pas comme sanction à des droits de créance, point de difficulté ; la raison de la loi ne se rencontre pas. Telle est la condition résolutoire d'une donation pour survenance d'enfant. Mais dans l'hypothèse d'un échange avec soulte ou d'une donation avec charges, nous trouvons l'exemple de droits de résolution subordonnés à des créances. Que décider? L'article 717 doit être appliqué, suivant nous, à l'action résolutoire d'un contrat d'échange pour défaut de payement d'une soulte. Nous le décidons ainsi parce que nous croyons que le coéchangiste créancier d'une soulte a un privilége et que son droit apparaîtra au poursuivant par un inscription comme celui du vendeur. L'article 1707 du Code Napoléon domine la matière de l'échange et nous permet de lui étendre les règles tracées pour la vente.

Quant au donateur auquel des charges sont dues, il n'a pas à redouter la déchéance de notre article. Il n'a pas de privilége L'article 692 ne pourrait pas être observé à son égard. Il n'est

[1] Article 692 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858.

pas d'ailleurs assimilable à un vendeur, et le législateur seul aurait pu lui appliquer les mêmes dispositions qu'à ce dernier.

21. Les développements qui précédent démontrent que dans l'esprit de notre loi, si l'expropriation forcée purge l'immeuble de toute hypothèque, ce n'est pas seulement parce que la mise en vente est entourée d'une grande publicité, c'est principalement parce que les créanciers hypothécaires sont appelés dans l'instance et associés à la poursuite. Telle est l'idée dominante dont nous aurons à tirer d'importants corollaires.

22. Supposons que dans une vente sur saisie un créancier inscrit n'ait pas été sommé d'intervenir, qu'en résultera-t-il?

Si l'inscription était irrégulière, le créancier supporte les conséquences de sa négligence.

Si l'inscription était régulière et que le poursuivant soit en faute, l'hypothèque subsiste; elle n'est pas purgée par l'adjudication.

En vain l'acquéreur se plaindrait de ce que la faute du poursuivant retombe sur lui. La vente forcée n'est pleinement valable et efficace que lorsque toutes les formalités prescrites ont été remplies. En vain reprocherait-on au créancier de n'avoir pas profité de la notoriété de la vente par affiches et insertions dans les journaux. Autrefois le créancier dont le droit était occulte devait veiller; aujourd'hui le créancier qui a inscrit son hypothèque reste tranquille et confiant jusqu'à ce qu'il soit interpellé.

C'est en ce sens que la jurisprudence et la doctrine se sont prononcées [1].

23. L'adjudication sur saisie éteint les priviléges et les hypothèques dont l'immeuble est grevé; mais cette mutation de propriété, comme toute autre par acte entre-vifs, n'est opposable aux tiers que lorsqu'elle est transcrite. Jusqu'à cette transcription, ceux qui ont acquis des droits d'hypothèque sur l'immeuble du chef du saisi peuvent utilement requérir inscription [2]. Le pour-

[1] Tarrible, *Rép.*, v° *Saisie immobil.*, § 6, art. 1, n° 15. — M. Troplong, t. IV, n°s 907 et 920. — Liége, 11 août 1814. — Caen, 28 nov. 1825, dans les motifs.

[2] Supposons que le saisissant est lui-même un créancier hypothécaire déjà inscrit, afin d'écarter la difficile question de savoir si une hypothèque peut être acquise sur l'immeuble après la transcription de la saisie au préjudice du saisissant qui serait simplement chirographaire.

suivant n'est pas tenu d'adresser une sommation aux créanciers qui ne se sont inscrits qu'après le moment où il a dû demander au conservateur un état des inscriptions. Les droits de ces créanciers tardivement publiés seront-ils purgés par l'expropriation? N'hésitons pas à répondre affirmativement. Il est facile au créancier qui s'inscrit après la transcription d'une saisie, de connaître ce début de la procédure de vente. Il est par cela même en demeure d'y intervenir et de pourvoir à son intérêt. La loi n'impose pas au poursuivant d'être continuellement à l'affût des inscriptions tardives. La loi a résolu une question analogue dans le sens que nous adoptons. L'article 834 du Code de procédure (aujourd'hui abrogé) permettait aux créanciers de s'inscrire dans la quinzaine après la transcription d'une aliénation volontaire du fonds hypothéqué, mais alors le tiers acquéreur n'était pas dans la nécessité de leur faire des notifications à fin de purge. Ils étaient avertis de la transmission de la propriété et devaient être vigilants. Il y a même raison de décider dans notre hypothèse [1].

24. L'expropriation forcée purge l'immeuble, mais sous la condition que le prix sera payé aux créanciers. La vente sur saisie est en quelque sorte un contrat passé entre le saisissant et les créanciers inscrits d'une part, l'acquéreur d'autre part. L'hypothèque est un démembrement du *jus abutendi*, du droit de disposer. Le créancier hypothécaire aliène et stipule un prix parce tel est celui des attributs de la propriété dont il est investi. Il agit ainsi soit par lui-même, soit par un représentant, celui qui, le premier, a pratiqué une saisie. Les créanciers inscrits jouent donc le rôle de vendeur, ils deviennent créanciers de l'acheteur, et promettent en retour l'extinction de leurs hypothèques [2]. Aussi lorsque le prix n'est pas payé, ils peuvent demander la résolution de la vente conclue à leur profit. Tout créancier qui est autorisé à saisir, ou après le règlement de l'ordre, qui a été colloqué sur le prix d'adjudication, a le droit, en vertu de son titre ou de son bordereau de collocation, de poursuivre l'adjudicataire par la voie de la folle enchère. Cette procédure atteint un double résultat : elle résout une première aliénation, elle en consomme une seconde. En effet, pour

[1] *Sic* Douai, 6 fév. 1855 ; *J. Pal.*, 55, 1, 223.

[2] M. Troplong, *Priv. et hyp.*, n° 720.

des créanciers qui veulent avant tout être payés, une résolution pure et simple n'eût pas été satisfaisante et le but de leur primitive saisie n'eût pas été rempli.

La disposition qui ouvre aux créanciers la voie de la folle enchère démontre que l'aliénation sur saisie et l'extinction des hypothèques qui l'accompagne, ne sont pas suspendues jusqu'au payement du prix. Elles sont résolubles si le prix n'est pas acquitté. Sans doute les inscriptions ne seront rayées qu'après le payement, parce que dans une vente sans terme l'une des parties n'est pas tenue d'exécuter avant l'autre ; le vendeur n'est tenu de livrer, de se dessaisir que contre la numération des espèces. Mais cela n'empêche pas la vente d'être pure et simple et la transmission de propriété d'être actuelle.

On dit souvent que le droit des créanciers est transporté de la chose sur le prix. Autrefois le tribunal rendait avant l'adjudication une sentence de conversion au profit des créanciers opposants [1]. Ce sont manières diverses d'exprimer que les créanciers hypothécaires épuisent leur droit en vendant leur gage et deviennent par l'effet de la vente créanciers du prix à l'égard de l'acquéreur.

25. Si un adjudicataire commettait l'imprudence de payer son prix aux créanciers dans l'ordre apparent de leurs droits et qu'il en laissât un de côté, celui-ci conserverait contre cet adjudicataire sa créance personnelle et comme sanction la voie de la folle enchère.

26. De même, un ordre est réglé; un créancier inscrit n'a pas été valablement sommé de produire. La distribution du prix s'effectue à son détriment. Ce serait aller trop loin de dire, avec certains auteurs, que ce créancier conserve son hypothèque sur le fonds sans aucun changement [2]. Non, il a aliéné l'immeuble affecté; il a renoncé à son droit réel sur cet immeuble. Il a acquis en échange un droit personnel contre l'acheteur; il est tenu de se contenter du payement du prix d'adjudication dans la mesure de son droit de préférence; si sa part dans ce prix lui est offerte, il ne peut rien exiger de plus. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un défaut de payement qu'il recouvre par une résolution son droit sur l'immeuble et qu'il peut suivre une re-

[1] Bourjon, *Droit commun.*, V^e^ partie, tit. 8, ch. 6, sect. 6, dist. 1, § 3, n° 69.

[2] Houyvet, *De l'ordre*, n° 150.

vente à la folle enchère du premier adjudicataire. L'acquéreur qui a mal payé son prix sans ordre ou sur un ordre irrégulier, est dans la même situation à l'égard du créancier non satisfait que celui qui n'a rien déboursé. Il n'est pas libéré. Il reste débiteur.

27. L'adjudicataire sur saisie a donc un grand intérêt, avant de payer son prix, à vérifier la régularité de la vente et de l'ordre. Il paye à ses risques et périls. Sans doute si, par la faute de celui qui a poursuivi la vente ou de celui qui a poursuivi l'ordre, l'adjudicataire subit une perte, il a recours contre l'auteur responsable de cette irrégularité. Je n'hésite pas non plus à décider qu'il a la répétition de l'indu contre les créanciers qui ont touché ce qu'ils n'auraient pas dû recevoir. Il était ou se croyait débiteur des créanciers qu'il regardait comme ses vendeurs. Il a voulu se libérer et n'a pas atteint ce but. C'est le cas d'appliquer l'article 1377 du Code Napoléon. Nous ne pouvons discuter avec l'étendue qu'elle mérite cette question qui est sur les limites de notre sujet [1].

28. L'acquéreur échappe-t-il au dernier danger que nous avons signalé, en consignant son prix, en faisant valider sa consignation avant la clôture de l'ordre? Nous ne le pensons pas. L'article 777 du Code de procédure civile, dans sa rédaction actuelle, décide que la consignation du prix par l'adjudicataire ne sera pas précédée d'offres réelles signifiées aux créanciers. Il faut pourtant que ces derniers soient mis à même de critiquer une consignation insuffisante ou irrégulière. Voici le système qui a été organisé : L'acquéreur déclare qu'il entend faire valider sa consignation, soit en requérant l'ouverture de l'ordre, soit sur le procès-verbal de l'ordre déjà ouvert. Dans les deux cas après l'échéance du délai accordé aux créanciers pour produire, il somme la partie saisie de prendre communication de sa déclaration et de la contester dans les quinze jours, s'il y a lieu. A défaut de contestation, le juge commissaire prononce la consignation valable, l'acquéreur libéré et la propriété purgée. En cas de contestation, le tribunal statue [1]. Le but de la loi est évidemment d'épargner les frais d'une signification multiple aux créanciers, et cependant de sauvegarder le droit de ceux-

[1] V. Guyot, *Rép.*, v° *Adjudicataire*, p. 169. — Bourjon, *Droit comm.*, *loc. cit.*, sect. 9.

[1] Art. 777, loi du 21 mai 1858.

ci, en liant l'instance en validité à l'instance d'ordre. Les créanciers qui produisent connaissent par le procès-verbal la prétention de l'adjudicataire. Ils peuvent soulever une contestation s'ils le jugent à propos. La sommation de produire, qui permet au créancier de critiquer la consignation, est donc aussi importante au point de vue de la libération de l'acquéreur que l'était autrefois la notification des offres. Autrement, on ne concevrait pas pourquoi le jugement de la validité de la consignation est retardé jusqu'à ce que le délai de production soit expiré. La simplicité des actes et l'économie des frais sont des résultats précieux, mais lorsque des droits ne sont pas destitués des garanties essentielles. A notre point de vue, le prix de l'adjudication est dû directement aux créanciers qui sont les véritables vendeurs, et il serait injuste que l'adjudicataire fût déclaré libéré à l'insu de ceux qui sont ses créanciers. Notre sentiment est conforme aux travaux préparatoires de la loi : « La déclaration de l'acquéreur, nous dit l'exposé des motifs, « faite sur le procès-verbal d'ordre interpelle tous les créan- « ciers sans notifications individuelles. » Le rapport à la « Chambre des députés ajoute : « C'est avec le saisi que l'ad- « judicataire fait juger la validité de la consignation, et non « avec les créanciers inscrits, qui, cependant, auront souvent « un intérêt plus réel que celui du saisi. Un amendement de « M. Millet appelait à ce débat ces créanciers. La majorité de « votre commission s'en est tenue au système plus économique « du projet qui n'empêche pas les créanciers d'intervenir s'ils « le croient utile. »

29. Il est à peine utile de remarquer que le créancier omis dans la répartition du prix sans avoir été négligent, a la faculté, au lieu de poursuivre une revente sur folle enchère, d'agir du chef de l'adjudicataire son débiteur, soit contre le poursuivant de l'ordre en faute, soit contre les créanciers qui ont reçu indûment.

30. Dans une vente sur saisie, les créanciers inscrits peuvent être considérés comme vendeurs. La vente substitue à leur droit sur l'immeuble une créance contre l'adjudicataire. De même que tous vendeurs, ils ont un privilége sur la chose vendue et une action résolutoire. On a dit qu'ils conservaient leurs hypothèques sur l'immeuble jusqu'à concurrence du prix de l'adjudication. Cette formule peut être employée pourvu

qu'il soit bien entendu que tant qu'ils n'ont pas fait prononcer la résolution de la vente sur saisie, ils n'ont de droit sur la chose, par préférence à des créanciers postérieurs, que pour sûreté du prix de cette vente. Le souvenir de leurs anciennes hypothèques sert à déterminer entre eux la répartition de cette somme. Mais ils ne rentreraient dans la plénitude de leurs droits primitifs que par une action résolutoire.

Cette doctrine a été exprimée par la Cour de cassation dans les termes suivants [1] : « La saisie d'un immeuble hypothéqué « et l'adjudication qui en est la suite ont pour effet de convertir « le droit réel des créanciers hypothécaires sur cet immeuble « en un droit de préférence sur le prix, et de les subroger sur « ce même prix aux droits de leur débiteur exproprié. — A « défaut soit de surenchère dans les délais et formes déterminés par les articles 708 et suivants du Code de procédure, « soit de folle enchère au cas prévu par les articles 733 et suivants du même Code, les droits des créanciers hypothécaires « du saisi sont invariablement fixés vis-à-vis de l'adjudicataire, « qui n'est tenu désormais envers eux, soit hypothécairement, « soit personnellement, que du prix de son adjudication. »

31. Voici la conséquence qui découle de ce principe : « Si « l'adjudicataire vient à vendre l'immeuble ainsi acquis par lui, « ou que par suite d'une saisie pratiquée à la requête de ses « propres créanciers, cet immeuble soit adjugé à un tiers « moyennant un prix supérieur à celui de la première adjudication, cet excédant de prix appartient exclusivement au « premier adjudicataire ou à ses créanciers. Les créanciers « hypothécaires du premier saisi n'y peuvent prétendre à ce « titre aucune espèce de droit, et doivent renfermer leur action « dans les limites du prix, en principal et accessoires, de la « première adjudication. [2] »

On argumenterait à tort contre cette décision de ce que les créanciers qui ont été partie dans la première saisie ont un droit de résolution : ils cessent de l'avoir du moment où le prix de leur vente leur est payé intégralement, soit par l'adjudicataire, soit par toute autre personne.

32. Nous avons développé la règle que l'adjudication sur

[1] Arrêt du 4 juin 1850; *J. Pal.*, 1852, 2, 325.
[2] Même arrêt.

saisie purge l'immeuble qui en est l'objet. Nous devons attribuer la même vertu à l'adjudication sur surenchère du dixième. Après une aliénation volontaire, l'acquéreur a offert aux créanciers inscrits son prix ou une somme estimative. Un des créanciers surenchérit du dixième et requiert la vente aux enchères. Cette vente délivre l'immeuble de toutes ses charges hypothécaires. La proposition est évidente dans le système du Code Napoléon, car l'article 2187 dispose que la revente sur surenchère aura lieu *suivant les formes établies pour les expropriations forcées*. Cela est très-logique. La surenchère est l'exercice du droit de suite par le créancier hypothécaire. Elle tient lieu de saisie, dérive de la même cause et doit aboutir au même résultat. Mais le Code de procédure est-il resté fidèle à cette pensée d'assimilation? Il ordonne de sommer d'assister à l'adjudication l'ancien et le nouveau propriétaire, si c'est le créancier surenchérisseur qui dirige la procédure, le créancier surenchérisseur si c'est le nouveau propriétaire ou un autre créancier subrogé qui poursuit[1]. D'où il suit que semblable sommation n'est pas adressée à tous les créanciers inscrits. Or nous avons vu que l'adjudication sur saisie purge parce que les créanciers hypothécaires sont mis en cause dans la procédure de vente. N'y a-t-il pas là une raison de douter que l'adjudication sur surenchère doive avoir le même effet que l'expropriation forcée? — Nous ne le croyons pas. Si les créanciers inscrits ne sont pas avertis individuellement, c'est qu'ils n'en ont pas besoin et qu'il est de leur intérêt d'éviter des frais inutiles. Ils ont reçu les notifications du tiers acquéreur. Leur attention est excitée, et la moindre diligence leur conseille de se tenir au courant des suites que peuvent avoir les offres du nouveau propriétaire. Ils doivent donc être réputés présents et associés à la poursuite, et sont tenus d'accepter un prix qu'ils ont pu élever par tous les moyens possibles à son maximum. S'il en était autrement, l'adjudicataire sur surenchère devrait recommencer une nouvelle purge, et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'un prix fût agréé par tous les créanciers. Or ce serait une législation imparfaite et désastreuse que celle qui n'organiserait pas la procédure de purge de manière à satis-

[1] Art. 837, soit dans sa première rédaction, soit dans la rédaction adoptée en 1841.

faire et à épuiser en une fois le droit des créanciers hypothécaires [1].

33. Une réforme accomplie en 1841 sur une question voisine de la nôtre confirme notre thèse et suffirait à dissiper tous les doutes. Il a été décidé que les effets de l'adjudication sur surenchère du dixième seraient réglés à l'égard des vendeurs originaires par les dispositions de l'article 717 du Code de procédure, c'est-à-dire que les vendeurs non payés qui n'auront pas formé leur demande en résolution avant le jour de l'adjudication seront déchus de ce droit. La raison donnée par les rapporteurs des commissions des deux chambres, MM. Persil et Pascalis, est que « la surenchère du dixième fait de la « vente originairement volontaire une vente forcée dans toute « l'étendue de l'expression, et que l'adjudication qui en est le « terme doit avoir le même effet que l'adjudication intervenue « à la suite d'une saisie immobilière. »

M. Persil a bien prévu l'objection qui se tirerait, contre cette assimilation, de ce que les vendeurs originaires ne sont pas parties appelées à la poursuite de surenchère et qu'aucune notification ne leur est faite, dans le sens surtout de l'avertissement spécial prescrit par l'article 692.

Le docte rapporteur répond que tous les créanciers ont été prévenus par la dénonciation de l'acquéreur, et que les vendeurs, s'ils sont inscrits, sont mis en demeure de faire leur option.

Que cette solution soit en harmonie avec les précautions nouvelles prises par la loi du 21 mars 1858 dans l'intérêt du vendeur, et avec la prescription de le sommer à son domicile réel, à défaut de domicile élu dans l'inscription (nécessité dont le tiers acquéreur qui purge est certainement affranchi), c'est ce que nous n'affirmerons pas [2]. Mais cette loi récente, en maintenant dans l'article 838 le renvoi à l'article 717, a, d'une part, conservé la déchéance attachée à l'adjudication sur surenchère du

[1] M. Troplong, t. IV, n° 908. — V. arrêt de la Cour de cass., ch. des req., 1er juin 1859; *J. Pal.*, 1860, p. 941.

[2] M. Colmet-Daage, avec une judicieuse hardiesse, décide que la déchéance de l'action résolutoire est, même dans notre hypothèse, subordonnée à une sommation dans les termes de l'article 692. Nous ne savons si l'interprète peut ainsi combler une lacune dans la loi. Nous avons vu qu'en 1841 le législateur regardait comme inutile de faire observer l'article 692 dans aucune de ses parties.

dixième relativement à l'action résolutoire inexercée, et, d'autre part, sanctionné explicitement l'efficacité de cette adjudication quant à la purge des hypothèques.

Nous pouvons donc mettre hors de controverse les deux points suivants : 1° si l'acquéreur se rend adjudicataire dans la revente sur surenchère, sa propriété est consolidée en ce sens que les hypothèques antérieures à son acquisition sont éteintes; 2° il en est de même au profit de l'étranger adjudicataire toutes les fois qu'aucune inscription nouvelle n'est survenue depuis la transcription du premier contrat.

Du reste, ne sont pas éteints les droits des créanciers inscrits avant la transcription du contrat amiable ou dispensés de s'inscrire, à l'égard desquels les formalités de purge n'auraient pas été remplies. Ils doivent être traités comme ceux auxquels le poursuivant, dans une vente sur saisie, aurait omis d'adresser les sommations ordonnées par l'article 692 du Code de procédure.

L'article 838 du même Code, modifié en 1858, le décide positivement à l'égard des hypothèques légales des incapables.

34. Mais que décider si des inscriptions sont survenues, si des hypothèques légales ont surgi? Des jurisconsultes fort recommandables estiment que lorsque le tiers acquéreur, sur une purge par lui tentée, ne reste pas propriétaire, son acquisition doit être regardée comme résolue, et il faut avouer que l'article 2188 du Code Napoléon, en ordonnant la restitution à ce tiers acquéreur des frais de son contrat par le nouvel acheteur, fournit à cette opinion un argument spécieux. On en a conclu que la transcription de cette aliénation maintenant résolue n'a pas arrêté le cours des inscriptions du chef de l'aliénateur. Des inscriptions nouvelles ont donc pu surgir jusqu'à la transcription de l'adjudication sur surenchère, et le nouveau propriétaire devra faire des offres à ces créanciers auxquels le premier acquéreur n'a pas notifié son contrat, et à l'égard desquels, par conséquent, la purge n'est pas accomplie. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris le 3 avril 1812[1].

D'autres auteurs, pour échapper à cette nécessité, ont considéré l'adjudicataire sur surenchère comme substitué au premier acquéreur dans l'effet du contrat transcrit et notifié. Ils n'ont

[1] M. Delvincourt, t. III, p. 374, note 8. — M. Duranton, t. XX, n° 356.

pas vouln reconnaître deux aliénations successives, et, pour ne pas effacer la première, ils ont absorbé en elle la seconde. Ils ont en conséquence dispensé le nouveau propriétaire de transcrire son jugement d'adjudication, et n'ont pas craint d'étendre à cet acquéreur étranger une disposition qui, dans le Code, n'est écrite que pour le cas où l'acquéreur primitif conserve l'immeuble en se rendant dernier enchérisseur (art. 2189). Par là ils ont maintenu les effets de la transcription du contrat originaire et ont déclaré tardives et inutiles les inscriptions prises du chef de l'aliénateur amiable (plus de quinze jours [1]) après cette transcription [2].

35. Ces deux opinions nous paraissent également inexactes. Chacune tend à faire disparaître une aliénation très-réelle. Suivant nous, l'acquisition qui a motivé la purge n'est pas résolue par la surenchère qui évince l'acquéreur. L'adjudication sur surenchère au profit d'un étranger constitue une seconde transmission de propriété qui ne se confond pas avec la précédente. La surenchère du dixième étant l'exercice du droit hypothécaire équivaut à une saisie immobilière. Cette analogie nous est démontrée par l'article 2187 déjà cité. Or est-ce qu'une saisie, même formée sur un tiers acquéreur, résout l'acquisition de celui qu'elle évince? — Non, certes. Le tiers saisi a été propriétaire jusqu'à l'adjudication qui l'exproprie. C'est de lui que la propriété passe au nouveau propriétaire. Toute éviction qui fait naître un recours en garantie a une cause antérieure à la vente. Mais il ne faut pas croire qu'elle suppose toujours que l'acheteur n'a jamais été propriétaire. Il est possible que l'acheteur ait été investi de la propriété pendant un certain temps. Il suffit que par une cause antérieure à la vente il cesse d'être propriétaire, il soit exproprié, pour que le vendeur lui doive garantie. C'est ce qui se présente dans notre hypothèse. Le tiers acquéreur a été propriétaire d'un fonds hypothéqué. Une saisie ou, sur des notifications par lui faites, une surenchère amène une adjudication au profit d'un étranger. Il n'est dépouillé de la propriété qu'au moment où l'adjudication est prononcée, sans effet rétroactif. Dans ce système l'article

[1] Ces mots entre parenthèses doivent être retranchés depuis la loi du 23 mars 1855.

[2] Tarrible, *Rép.*, v° *Transcription*, § 6, n° 3. — M. Troplong, *Priv. et hyp.*, t. IV, n^os 962, 965. Comp. l'arrêt précité du 1^er juin 1859.

2188 peut très-bien s'expliquer. L'acquéreur par vente volontaire est évincé. Il a droit à être rendu indemne, et, pour mieux assurer la restitution des frais d'acquisition et de purge, le législateur impose à l'adjudicataire sur surenchère de payer ces frais en sus de son prix. C'est une faveur que la loi accorde au tiers dépossédé. Les créanciers supportent en réalité le prélèvement de ces dépenses; mais cela n'est pas injuste, car ces divers actes, qui ne profitent en rien à l'acquéreur, leur ont procuré la conversion en argent de leur gage et leur ont épargné les frais d'une saisie immobilière [1].

Puisque, suivant nous, il y a dans l'espèce deux mutations de propriété distinctes, il y a lieu à deux transcriptions. Chacune de ces transcriptions a un effet particulier. La première, celle du contrat amiable, arrête le cours des inscriptions du chef de l'aliénateur volontaire; la seconde, celle de l'adjudication sur surenchère, regarde uniquement les ayants cause de l'acquéreur qui a purgé. Donc jamais des inscriptions nouvelles du chef de l'aliénateur primitif ne rendront nécessaire une seconde purge de la part de l'adjudicataire.

36. Mais le tiers acquéreur, qui a essayé de purger et a évincé, a pu, pendant qu'il était investi de la propriété, conférer des hypothèques. Le second alinéa de l'article 2177, écrit pour le tiers détenteur qui délaisse ou subit l'expropriation, convient également à celui qui purge et ne réussit pas à consolider son acquisition. Voici donc une classe de créanciers à l'égard desquels s'élève une question que n'ont pas eu à résoudre les auteurs dont nous venons de répudier l'opinion. C'est assurément un avantage pour ces auteurs d'échapper à une difficulté très-embarrassante; mais on ne transige pas avec la vérité, et il est manifeste pour nous qu'on ne trouve pas plus le principe d'une résolution du domaine d'un tiers détenteur dans la surenchère du dixième qu'il n'y en a dans la saisie immobilière, deux formes sous lesquelles se traduit et s'exerce le même droit. D'ailleurs l'opinion contraire à la nôtre offre de graves inconvénients. Elle affecte d'une condition résolutoire et rend incertaines toutes les hypothèques constituées par un propriétaire qui est encore en état de purger, et cette condition est jusqu'à un certain point potestative de la part du constituant.

[1] M. Flandin, *De la transcription*, n° 574.

37. Nous admettons en conséquence que les hypothèques qui ont pu prendre naissance du chef de l'acquéreur, survivent à la surenchère qui évince ce dernier. Elles peuvent être inscrites jusqu'à la transcription de l'adjudication sur surenchère. Faudra-t-il que l'adjudicataire remplisse des formalités de purge à l'égard de ces créanciers? La raison de le décider est qu'ils n'ont pas été directement avertis de la vente de leur gage. Le tiers acquéreur n'a pas dû faire de notifications à ses propres créanciers, et, dans la vente en justice provoquée par la surenchère, ils n'ont pas été mis en cause. La loi ne le prescrit pas.

Nous croyons toutefois que l'adjudicataire sur surenchère doit acquérir une propriété entièrement franche et libérée. Les créanciers dont il s'agit ont traité avec une personne dont la propriété grevée et susceptible de purge n'avait pas encore été consolidée. Ils ont accepté cette situation et couru cette chance; ils doivent veiller d'autant plus diligemment qu'ils ont reçu une garantie précaire de sa nature.

La considération est moins forte en ce qui concerne les hypothèques légales, mais doit-il suffire que le tiers acquéreur soit marié ou tuteur pour que la revente sur surenchère ne produise pas au profit d'un étranger son effet habituel de purger la propriété?

La loi du 21 mars 1858 nous fournit un argument de texte. Car, en maintenant la corrélation de l'article 838 avec l'article 717, elle étend à l'adjudication sur surenchère du dixième la puissance qu'elle a reconnue à l'expropriation forcée de purger toutes les hypothèques, sans distinction, et elle n'ordonne de procéder à la purge des hypothèques légales que si cette purge n'a pas déjà eu lieu.

38. Nous ne serions pleinement satisfait de cette solution que si nous pouvions prescrire à celui qui poursuit la revente sur surenchère de sommer d'assister à l'adjudication les créanciers qui ont hypothèque du chef de l'acquéreur amiable. Ce serait conforme à l'esprit de l'article 2187 du Code Napoléon et de l'article 692 du Code de procédure civile. Mais il faudrait un texte précis en ce sens.

39. La question que nous venons d'agiter se présentera rarement pour une hypothèque conventionnelle. L'acquéreur qui n'a pas purgé ne jouira d'aucun crédit foncier; en outre, si le

prix d'acquisition est supérieur au montant des créances hypothécaires qui préexistent, il sera accepté, et aucune surenchère ne sera formée. S'il est inférieur, il est encore plus invraisemblable que l'acquéreur ait occasion de constituer une hypothèque conventionnelle.

Quant aux créanciers ayant hypothèque légale dispensée d'inscription, s'ils ne sont pas mis en demeure de surenchérir, du moins ils auront leur droit de préférence à exercer dans l'ordre. L'opinion que nous repoussons leur refuse même cet avantage.

40. Nous arrivons à la plus grande difficulté de notre sujet. L'adjudication des immeubles d'un failli, prononcée à la requête des syndics, purge-t-elle virtuellement les priviléges et hypothèques?

L'affirmative invoque des raisons entraînantes : La faillite et le dessaisissement qui en résulte équivalent à une saisie faite dans un intérêt collectif. La tentative du concordat ayant échoué, les syndics réalisent le gage des créanciers, absolument comme les créanciers le feraient par des actions individuelles si la faillite n'avait pas centralisé leur droit de poursuite dans la main des syndics. La vente à la requête des syndics tient lieu d'une vente sur saisie à la requête d'un créancier. Elle doit avoir le même effet, elle doit déterminer irrévocablement le prix à distribuer entre les créanciers. Il y a tout autant de raison de simplifier la procédure et de hâter le dénoûment.

Il est vrai que dans la vente poursuivie par les syndics, les créanciers hypothécaires ne sont pas mis en cause. Mais la faillite a eu un grand retentissement, elle a reçu une publicité étendue, réitérée; souvent par le bilan et les livres, les syndics auront connu ces créanciers et leur auront adressé une convocation directe et personnelle. Les créanciers hypothécaires les derniers venus, ceux pour lesquels il est à craindre que la collocation hypothécaire ne soit pas utile (et ce sont ceux-là que la question de surenchère intéresse), auront dû faire vérifier leurs créances afin de participer aux répartitions chirographaires[1]. Dès lors ils suivent toutes les phases de la faillite. Cet

[1] Il y a même des auteurs qui pensent et des arrêts qui ont jugé que les créanciers hypothécaires sont soumis à la vérification au point de vue de leur droit de préférence. L'article 501 du Code de commerce suppose que

ensemble de mesures remplace les avertissements individuels prescrits par l'article 692 du Code de procédure civile, et les créanciers ayant été à même de pourvoir à leur intérêt doivent accepter le prix produit par la chaleur des enchères.

Cette opinion trouve un appui très-énergique dans la disposition de l'article 573 du Code de commerce. Des deux surenchères possibles, l'une du sixième, ouverte à tout le monde dans la huitaine d'une vente en justice, l'autre du dixième permise aux créanciers inscrits dans les quarante jours de la notification d'une vente volontaire, notre loi commerciale en fait une seule, accessible à tout le monde, au taux le plus bas d'un dixième, et dans un délai spécial de quinze jours. L'intention du législateur est d'épuiser dans cet unique délai tous les droits, de fondre dans les formes de la vente celles de la purge, et de procurer à l'adjudicataire une propriété parfaitement stable. Cette intention se révèle dans les premiers mots de l'article cité : « La surenchère après adjudication des immeubles du failli sur la poursuite des syndics N'AURA LIEU QU'AUX conditions et dans les formes suivantes, etc. » Ces termes restrictifs n'auraient pas de sens si l'article ne se référait qu'à la surenchère ordinaire du sixième, car il en élargit les conditions. Ils n'ont de valeur que si l'article embrasse la surenchère des créanciers hypothécaires et la modifie dans son exercice.

Enfin la décision opposée conduit à de véritables anomalies. Les créanciers hypothécaires peuvent commencer une poursuite en expropriation des immeubles du failli jusqu'à ce que le rejet d'un concordat ait constitué les créanciers en état d'union. Après l'union, s'ils ont entamé une procédure ils la continuent; sinon ils laissent agir les syndics, sauf à se faire subroger à ceux-ci en cas de négligence. Les syndics peuvent aussi se faire subroger aux créanciers qui, après avoir pratiqué une saisie immobilière, ne la mèneraient pas à fin avec diligence. Eh bien! les immeubles du failli sont-ils vendus par suite d'une saisie pratiquée par un créancier hypothécaire, l'adjudication purge la propriété, lors même que les syndics se seraient fait subroger, après l'union, dans la poursuite. Les immeubles du failli sont-ils mis en vente par les syndics, l'adjudicataire n'aurait, suivant

dans le cours de la vérification une contestation s'élève uniquement sur le privilége ou l'hypothèque d'un créancier.

nos adversaires, qu'une propriété grevée, et devrait se mettre à l'abri d'évictions hypothécaires en la purgeant. Et cela, lors même qu'un créancier hypothécaire se serait fait subroger dans le cours de l'instance. Les deux procédures ont le même but, convertir le gage en argent pour la plus grande satisfaction des créanciers. Ne doivent-elles pas aboutir à ce résultat avec la même promptitude, avec la même sûreté [1]?

41. Plusieurs Cours impériales et la Cour de cassation se sont prononcées dans le sens que nous venons de défendre [2].

La Chambre des requêtes a fait ressortir avec force l'argument qui se déduit de l'article 573 du Code de commerce. « La « loi du 8 juin 1838, dans le but de réduire et de simplifier les « formalités relatives à la vente des biens immeubles apparte- « nant à des faillis, a, dans sa nouvelle rédaction de l'article 573 « du Code de commerce, organisé, sous une forme unique, tout « ce qui concerne les effets de ces ventes et leurs suites. Pré- « voyant, en particulier, le cas de surenchère, elle a admis à « y concourir, non-seulement tous les créanciers du failli, mais « encore tout étranger; elle a prolongé le délai durant lequel « la surenchère pouvait avoir lieu, et, par une disposition for- « melle, elle a établi qu'aucune surenchère ne pourrait avoir « lieu en dehors de ces prescriptions. Cette disposition spé- « ciale aux ventes d'immeubles en cas de faillite, trouve son « explication dans la communauté d'intérêts entre les créan- « ciers, dans les formes particulières aux faillites, dans la ga- « rantie offerte par la présence du syndic représentant, au nom « de la loi, tous les intéressés, et dans l'utilité de fixer un « terme aux opérations de la faillite. Les dispositions régle- « mentaires de toute faillite ne permettent pas d'admettre « qu'un créancier hypothécaire, par la seule raison que la

[1] La controverse existait déjà avant 1838. Mais le texte du Code de commerce non encore revisé était beaucoup moins explicite. Il n'est pas étonnant que l'opinion prédominante imposât à l'adjudicataire des biens d'un failli, vendus à la requête des syndics, la nécessité de remplir les formalités des articles 2183 et 2194 du Code civil. *Sic* Caen, 28 novembre 1325; Gand, 11 mars 1836, et Paris, 19 mars 1836.

Un arrêt de Caen du 29 mai 1827 avait toutefois, dans ses motifs, assimilé déjà les ventes faites sur faillite aux ventes forcées.

[2] Orléans, 20 mars 1850; *J. Pal.*, 50, 1, 129.

Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 19 mars 1851; *J. P.*, 51, 1, 605. — Nîmes, 28 janv. 1856; *J. Pal.*, 56, 1, 129.

« vente ne lui a pas été personnellement notifiée, l'a ignorée, « qu'il n'a pu surenchérir, et que cette vente a pu s'opérer en « l'absence de toute contradiction de sa part, et lui causer un « préjudice [1]. »

42. Malgré ces raisons et ces autorités, l'opinion contraire a des partisans [2]. La faillite est rendue publique par des insertions dans les journaux. Cette publicité générale ne saurait tenir lieu d'une sommation individuelle, et le créancier qui est inscrit a le droit de compter que son gage ne sera pas mis en vente sans en être directement averti. Souvent le créancier hypothécaire est la seule personne à qui il convienne d'enchérir, et la plus grande notoriété donnée à la vente peut ne pas équivaloir à la présence de ce créancier. L'état de faillite du propriétaire ne doit pas altérer la condition du créancier inscrit, et l'on conçoit encore moins que sa garantie diffère, dans l'hypothèse d'une faillite, suivant que la vente est requise par un créancier ou par un syndic qui représente les créanciers. La purge est subordonnée à une mise en demeure de surenchérir. Si cette mise en demeure n'a pas été adressée au créancier avant l'adjudication, elle doit être adressée après, dans une procédure spéciale.

43. Quelques auteurs proposent une distinction. La purge est accomplie par le seul fait de l'adjudication à l'égard des créanciers qui sont intervenus dans les opérations de la faillite et qui, par conséquent, ont pu être informés de la vente des biens. L'adjudicataire ne doit faire de notifications qu'aux créanciers qui n'ont pas reçu de convocation particulière ou sont demeurés étrangers aux assemblées de la faillite [3].

Nous croyons que cette opinion, même ainsi restreinte, ne tient pas assez compte de l'article 573 du Code de commerce. Il faut s'incliner devant la volonté du législateur. Une faillite a un tel éclat, un retentissement si prolongé, que le législateur a pu ériger en présomption que tous les créanciers du failli avaient connaissance de la liquidation forcée des biens de leur débiteur.

[1] *Sic* Rodière, *Comp. et proc.*, t. III, n° 453. — Lainné, sur l'article 573, p. 488.

[2] MM. Petit, *De la surenchère*, p. 269. — Bolleux sur Boulay-Paty, *Des faillites*, t. II, p. 242. — Morin, *J. des avoués*, t. LXVIII, p. 449.

[3] M. Dalloz, *Rép. g.*, v° *Hyp.*, n° 2042.

44. Néanmoins, nous penchons vers une solution intermédiaire entre les précédentes. Nous adoptons pleinement la doctrine de la Chambre des requêtes lorsque les créanciers hypothécaires sont tous créanciers du failli, par exemple lorsque le failli a lui-même rempli les formalités de purge et que les hypothèques du chef des précédents propriétaires sont éteintes; mais nous hésitons à étendre la rigueur de cette décision aux créanciers dont les hypothèques sont antérieures à l'acquisition du failli. Ils ignorent peut-être le nom de ce tiers acquéreur. Ils n'ont jamais été en relation avec lui. Ils sont insensibles au bruit qui se fait autour d'une ruine qui ne semble pas les atteindre. Ils attendent tranquillement, à l'abri de leur inscription, de recevoir l'offre d'un prix de vente amiable, ou d'être sommés d'assister à la vente en justice de leur gage immobilier. Cette sécurité ne doit pas être trompée.

L'adjudication purge les hypothèques existant du chef du failli, mais non les hypothèques existant du chef des précédents propriétaires. L'adjudicataire doit remplir les formalités de purge que le failli n'aurait pas remplies sur son acquisition; mais il n'a pas de surenchère à redouter de la part des créanciers de son auteur immédiat. Sans doute, il ne faut pas distinguer où la loi ne distingue pas, et l'article 573 est absolu. Mais il n'est pas arbitraire de renfermer la disposition de cet article dans le système de la faillite, et de ne l'appliquer qu'aux créanciers que concernent les mesures spéciales de cette liquidation forcée.

45. Nous ne regardons pas la jurisprudence comme positivement contraire à l'opinion que nous venons d'exposer. Les arrêts d'Orléans, de la Chambre des requêtes et de la Cour de Nîmes que nous avons cités, ont porté sur des espèces dans lesquelles c'était un créancier hypothécaire du débiteur failli qui sommait de payer ou de délaisser l'adjudicataire sur une vente poursuivie par les syndics. Et nous trouvons dans les motifs d'un arrêt de la Chambre civile, du 9 novembre 1858, que, « à la différence de la vente sur saisie immobilière..... la « vente des immeubles d'un failli et les formes qui lui sont « propres, ne s'accomplissant nécessairement ni dans l'intérêt « spécial ni avec le concours des créanciers hypothécaires, « ne peuvent par elles-mêmes, en l'absence et à l'insu de ces « créanciers, avoir pour effet de porter atteinte à leur droit réel

« et de le transformer en un simple droit sur le prix ; — qu'il « en est ainsi, particulièrement en matière de faillite, à l'égard « des créanciers qui, comme dans l'espèce, inscrits sur les « immeubles du failli du chef des précédents propriétaires, « mais n'étant pas ses créanciers personnels, seraient restés « étrangers aux opérations de la faillite et n'auraient pas figuré « au contrat d'union ; que vis-à-vis d'eux, en pareil cas, l'adju- « dicataire reste dans les conditions d'un tiers détenteur sou- « mis à l'action hypothécaire s'il ne s'affranchit des périls de « cette situation par les formalités de la purge [1]. »

46. Nous ne pouvons toutefois revendiquer en entier l'arrêt dont nous venons de rapporter un fragment. Il statue sur une difficulté nouvelle et contient une doctrine sur laquelle nous ne nous sommes pas expliqué.

Voici l'espèce : les immeubles d'un failli sont grevés de nombreuses hypothèques du chef de plusieurs propriétaires successifs. Ils sont mis en vente par les syndics. D'après le cahier des charges, un délai de quatre années est accordé aux adjudicataires pour se libérer de leur prix, stipulé payable par quart d'année en année. L'adjudication est prononcée dans ces termes. L'adjudicataire croit devoir notifier son contrat aux créanciers inscrits, et prétend retenir sur son prix le coût de ses notifications.

Ce prélèvement est contesté par le motif que les notifications étaient inutiles et frustratoires. La Cour de Paris se prononce pour la validité des notifications et autorise l'acquéreur à retenir le montant des frais. Le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté.

Toute l'argumentation de la Cour suprême repose sur une supposition, et par conséquent on ne sait quelle est au fond la pensée des magistrats : « Aux termes de l'article 572 du Code « de commerce, la vente des immeubles des faillis est assimi- « lée, dans ses formes, à la vente des immeubles des mineurs. « En supposant l'impossibilité légale pour tout créancier inscrit « sur ces immeubles de requérir la mise aux enchères aux « conditions réglées par l'article 2185 du Code Napoléon, « non-seulement dans le cas où la surenchère, spécialement « autorisée par les articles 573 du Code de commerce et 965 du

[1] *J. Pal.*, 1859, p. 466.

« Code de procédure civile, aurait eu lieu, mais même dans « l'hypothèse où aucune surenchère ne se serait produite selon « le mode et dans le délai déterminés par chacune de ces deux « dispositions, il n'en saurait résulter que l'adjudicataire des « immeubles d'un failli soit dispensé de se conformer aux « prescriptions des articles 2181 et suivants du Code Napo- « léon sur la nécessité, soit de la transcription, soit de la noti- « fication de son titre d'adjudication, s'il veut, vis-à-vis des créan- « ciers hypothécaires qui n'ont pas concouru aux opérations « de la faillite, affranchir l'immeuble par lui acquis des privi- « léges ou hypothèques dont il est grevé....; que les formalités « de la purge, telles qu'elles sont réglées par les articles 2181 « et suivants du Code Napoléon, n'ont pas seulement pour but « de mettre les créanciers hypothécaires en demeure de provo- « quer par une surenchère l'élévation du prix, qu'elles ont « aussi pour objet de les avertir de la transmission de la pro- « priété de l'immeuble grevé et de la soumission de l'acquéreur « à l'obligation de mettre immédiatement son prix à leur dispo- « sition, avec renonciation de sa part, soit aux termes stipu- « lés vis-à-vis du vendeur pour l'acquittement de son prix, « soit à toute distinction entre les dettes exigibles ou non exi- « gibles, etc. »

En résumé, lorsque dans une vente des biens d'un failli à la requête des syndics, des délais ont été accordés à l'acheteur pour le payement du prix, d'une part ces délais ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires : ceux-ci ont le droit de sommer, à l'échéance de leur créance, l'adjudicataire de payer ou de délaisser; ils conservent donc leur droit et leur action hypothécaires; d'autre part, l'acheteur a le choix ou d'offrir son prix en renonçant aux délais stipulés, ou de se laisser exproprier.

47. Cette théorie soulève, à notre avis, des objections sérieuses. La vente à la requête des syndics n'est pas, à proprement parler, une vente volontaire : c'est une vente forcée, c'est une vente dans l'intérêt et au nom des créanciers. Sans doute les syndics ne représentent pas les créanciers qui ont des droits de préférence sur la masse ; mais un créancier chirographaire peut saisir l'immeuble de son débiteur, et dans ce cas il agit pour les créanciers inscrits sans être leur mandataire. Les créanciers hypothécaires ne sont pas mis en cause dans la vente sur faillite comme

dans la vente sur saisie. Cela tient à ce qu'ils sont réputés suffisamment avertis par la notoriété de la faillite. Mais le législateur a dû organiser cette liquidation forcée de telle sorte que, faite au nom de la masse des créanciers, elle satisfît même les privilégiés et les hypothécaires. Il n'a pas dû enter procédure sur procédure, multiplier les frais au détriment de tous.

Dans le cahier des charges, les syndics ou l'officier ministériel qui procède à la vente proposent d'accorder des délais à l'adjudicataire et de diviser le payement de son prix. Les créanciers hypothécaires peuvent attaquer cette clause et demander sa suppression ; s'ils ne le font pas, ils l'acceptent et doivent en subir les conséquences. Le cahier des charges forme en quelque sorte un contrat entre les créanciers et l'adjudicataire. Ce dernier est devenu débiteur des premiers et n'a pas d'offres à leur faire; seulement, il ne doit son prix que dans les termes fixés par le traité sur lequel les enchères ont été reçues. En un mot, la question doit, il nous semble, être résolue absolument comme elle le serait si une pareille clause avait été insérée dans le cahier des charges d'une vente sur saisie immobilière [1].

48. Telle est la décision que nous préférerions à celle consacrée par la Cour régulatrice; elle est plus simple et nous fait marcher, dans la plupart des cas plus rapidement, toujours à moins de frais, au but, la distribution de l'actif du failli entre ses créanciers. Mais nous n'avons en réalité le choix qu'entre des inconvénients plus ou moins graves, et le législateur aurait dû, pour la vente des immeubles d'un failli, se rapprocher des formes de l'expropriation forcée beaucoup plus que des formes des ventes volontaires en justice, et comme l'état de faillite ne doit pas empirer la condition de ceux qui jouissent de garanties spéciales, il aurait été, suivant nous, bien inspiré en conservant la mise en cause des créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription.

49. Cette assimilation, que la nature des choses indique,

[1] Il est de doctrine et de jurisprudence constantes que les conditions insérées par le poursuivant dans le cahier des charges, quelles qu'elles soient, deviennent obligatoires après l'adjudication, pour les créanciers de même que pour l'adjudicataire, pourvu qu'elles ne soient pas illicites en elles-mêmes. (V. Cass., 11 août 1813; Nîmes, 7 mai 1813. — Lachaize, t. I, p. 381. — Pigeau, *Comm.*, t. II, p. 319 et 320. — Persil fils, *Comm.*, p. 158 et suiv. — Chauveau sur Carré, quest. 2320.

aurait prévenu une conséquence regrettable du système consacré par notre loi. Pour accroître la sécurité des acquéreurs, décider un plus grand nombre de personnes à enchérir et obtenir le résultat le plus avantageux au débiteur et aux créanciers, le législateur, dans la procédure d'expropriation forcée, a imposé aux vendeurs impayés de l'immeuble saisi la nécessité d'opter avant le jour de l'adjudication entre leur créance privilégiée et leur action résolutoire; sinon ils sont déchus de leur droit de résolution[1]. Mais une condition indispensable de cette déchéance est une sommation adressée à chaque vendeur et dans laquelle cette alternative lui est exposée[2]. Quand les syndics mettent en vente les immeubles d'un débiteur failli, ils doivent observer les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs. Les articles 692 et 717 du Code de procédure civile ne sont pas applicables, et les enchérisseurs restent inévitablement menacés de l'action en résolution.

50. C'est ce qui a été jugé par la Cour d'Orléans le 13 mai 1851. Il s'agissait d'une poursuite de folle enchère. Après une expropriation forcée d'immeuble, un ordre est réglé à l'amiable; l'adjudicataire ne paye pas son prix et tombe en faillite; l'immeuble est vendu par les syndics, puis un créancier colloqué dans l'ordre amiable veut exercer une revente sur la folle enchère du failli; la Cour déclare que cette prétention du créancier est bien fondée.

Quoique les syndics soient les mandataires des créanciers, il ne faut pas en conclure que la vente à la requête des syndics produise à l'égard de chaque créancier les effets d'un contrat auquel il aurait spécialement consenti. Les syndics représentent la masse, et n'ont pas le pouvoir de compromettre les droits particuliers d'un créancier. On ne peut donc opposer à un ancien vendeur qu'il a renoncé à son action résolutoire, par une sorte de concours à la vente sur faillite.

Ensuite on assimilerait à tort la poursuite de vente des immeubles du failli à la poursuite de saisie immobilière. La déchéance prononcée par l'article 717 du Code de procédure civile est la juste punition de la négligence du créancier, mis en demeure de sauvegarder son droit. Dans la procédure suivie pour parvenir à la vente des immeubles d'un failli, on ne rencontre

[1] Art. 717 C. proc. civ.
[2] Art. 692 C. proc. civ.

aucun acte qui éveille la sollicitude des précédents vendeurs. La vente des immeubles du failli est soumise aux règles tracées pour la vente des biens des mineurs, et ne peut produire des effets plus étendus.

51. Tel est, en résumé, le raisonnement contenu dans l'arrêt, et il nous paraît irréfutable. Mais, nous le répétons, pourquoi la liquidation forcée qui suit la faillite ne se fait-elle pas dans des conditions aussi bonnes que celle qui dans la déconfiture s'opère au moyen de saisies spéciales? Pourquoi ne pas employer tous les moyens jugés propres à exciter l'empressement des enchérisseurs? N'est-il pas injuste qu'après l'union les créanciers hypothécaires soient privés du droit de saisir, puisque la vente à la requête des syndics ne produit pas des résultats aussi avantageux? Les syndics, il est vrai, ayant tous les papiers du failli, pourront insérer dans le cahier des charges un établissement de la propriété, c'est-à-dire la série des mutations. Les tiers ne seront pas dans l'erreur. Qu'est-ce que cela fait? La connaissance du mal n'est pas le remède; c'est une cause d'effroi de plus. Il est beaucoup plus funeste de laisser survivre une action résolutoire que de laisser survivre des hypothèques, parce qu'on a contre celles-ci la faculté de purger l'immeuble, et l'on n'a aucun moyen de le délivrer du droit de résolution.

J. E. LABBÉ.

(*La suite prochainement.*)

DE L'OFFICE DU JUGE EN MATIÈRE D'EXCEPTIONS.

Par M. J. KRUG-BASSE,
docteur en droit, procureur impérial à Wissembourg [1].

CHAPITRE Ier.

Aperçu général de l'office du juge dans cette matière.

SOMMAIRE.

1. Avant d'examiner le fond du procès, le juge peut avoir à statuer sur des exceptions.
2. Il doit lui-même soulever certaines exceptions en vertu de son pouvoir supplétoire.

1. Quant le juge est saisi d'une affaire, la première question à résoudre n'est pas toujours de savoir quel est au fond celui des plaideurs dont les prétentions sont justifiées.

En effet, le demandeur pourra être arrêté au seuil même de la justice; on pourra lui opposer une exception, c'est-à-dire, un moyen qui le rendra non recevable à poursuivre son action, sans qu'il soit besoin d'entrer dans la discussion du fond du procès.

Nous avons donc à examiner quelle est la mission du juge lorsque le défendeur oppose une exception, et à rechercher dans quel cas le magistrat doit suppléer au silence des parties et soulever d'office certaines exceptions.

Si l'on passe en revue les différents genres d'exceptions, on voit qu'elles sont toutes fondées sur des moyens de droit. On serait donc tenté d'en conclure, au premier abord, que le juge peut et doit les soulever toutes d'office; car on sait que le juge fait valoir d'office les moyens de droit qui ont échappé aux plaideurs.

Il n'en est cependant pas ainsi; nous verrons qu'un grand nombre d'exceptions ne peuvent être soulevées que par les parties.

Est-ce, comme l'a dit M. Carré, parce que les exceptions seraient autant de dérogations aux règles générales du droit et que le retour à ces règles serait toujours favorable? Non; la

[1] Cet article est tiré d'un traité sur *l'office du juge en matière civile*, qui doit paraître prochainement.

raison donnée par le savant professeur pouvait s'appliquer au droit romain, mais elle ne s'applique plus au droit français; nous n'avons plus, comme les Romains, deux droits rivaux, un droit civil et un droit prétorien, source de nombreuses exceptions.

La véritable raison pour laquelle le juge ne peut pas soulever d'office toutes les exceptions, c'est que certaines d'entre elles ne sont fondées que sur la défense d'intérêts privés auxquels les parties ont la faculté de renoncer. Le juge ne doit donc pas suppléer au silence des parties lorsqu'il s'agit d'exceptions de ce genre.

2. Il en est autrement des exceptions fondées sur un principe d'ordre public; pour celles-là, le silence des plaideurs ne saurait paralyser l'action du juge.

Le magistrat ne peut donc soulever *d'office* que les exceptions *d'ordre public*. Ce principe est incontestable; mais son application donne quelquefois lieu à des difficultés, car la ligne de démarcation qui sépare l'intérêt purement privé des plaideurs du domaine de l'ordre public n'est pas toujours facile à déterminer.

CHAPITRE II.

Des exceptions déclinatoires.

SOMMAIRE.

3. Le juge doit *d'office* se déclarer incompétent dans les procès qui sont du domaine de la justice administrative.
4. Le juge incompétent est toujours tenu de déclarer son incompétence lorsque les parties le demandent.
5. Il est tenu de déclarer *d'office* son incompétence *ratione materiæ*.
6. Les tribunaux civils peuvent-ils rester saisis d'affaires dont la connaissance a été dévolue par la loi à un autre ordre de juridiction, lorsque les plaideurs y consentent?
7. Le juge d'appel doit *d'office* se déclarer incompétent, lorsque les parties le saisissent *de plano*.
8. Il en est de même lorsque l'affaire n'est pas susceptible d'appel.
9. Quand l'incompétence est *ratione personæ*, le juge n'est pas tenu de se déclarer incompétent dans le silence des parties.
10. Il aurait cependant la faculté de le faire. Exception à cette règle.
11. Le juge n'est pas tenu, en règle générale, de statuer sur les contestations entre étrangers.
12. Exceptions à cette règle.
13. Des exceptions de litispendance et de connexité. Le juge peut-il les soulever d'office?

3. Il résulte des principes qui dominent notre organisation politique que le juge doit toujours se déclarer incompétent, même d'office, lorsque les plaideurs le saisissent d'un litige dans lequel l'autorité administrative peut seule statuer. Aucun doute ne peut s'élever sur ce point.

4. Mais alors même que l'autorité judiciaire est compétente pour statuer, le tribunal devant lequel le litige est porté peut n'être pas compétent, soit *ratione materiæ*, soit *ratione personæ vel loci*.

Quelle que soit d'ailleurs l'incompétence du juge, il ne peut retenir l'affaire qui lui est soumise, si le défendeur, ou même le demandeur, oppose l'exception d'incompétence. Seulement, comme l'a fait remarquer Boncenne, le juge qui se déclare incompétent ne doit pas renvoyer les parties devant une autre juridiction, suivant les termes de l'article 168 du Code de procédure civile; il doit se déclarer purement et simplement incompétent, car il épuise sa juridiction en déclarant qu'il n'a pas pouvoir de statuer [1].

Mais lorsque les parties, au lieu d'exciper de l'incompétence du juge, déclarent au contraire être prêts à plaider et à accepter la juridiction du tribunal incompétent, il faut distinguer, quant à l'office du juge, entre le cas où son incompétence est matérielle et celui où elle est simplement personnelle.

5. Lorsque l'incompétence du juge est matérielle, le silence des parties, ou même leur déclaration expresse qu'ils renoncent au moyen d'incompétence, ne peut autoriser le juge à retenir l'affaire. C'est en effet un principe certain que l'ordre des juridictions est d'intérêt public et ne peut dépendre du caprice des plaideurs. *Publico jure et lege vel principe defertur jurisdictio, quapropter privatus consensus judicum non potest facere eum qui judex non est.*

Aussi l'article 170 du Code de procédure civile porte expressément : « Si néanmoins le tribunal était incompétent à raison de la matière, le renvoi pourra être demandé en tout état de cause; *et si le renvoi n'était pas demandé, le tribunal sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit.* »

Si les juges de première instance ont omis de se déclarer incompétents, les juges d'appel doivent d'office réparer cette omission.

[1] Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. III, p. 212.

6. Ici se présente une question fort controversée, celle de savoir si les tribunaux civils d'arrondissement peuvent, du consentement des parties, rester saisis des affaires dont la loi a attribué la connaissance à d'autres juridictions, ou, en d'autres termes, s'il faut considérer la compétence de ces tribunaux comme générale et s'étendant à toutes les matières litigieuses, même à celles qui sont dévolues à d'autres juges.

Pour bien comprendre l'état de la question, il faut se reporter un instant à notre ancienne organisation judiciaire.

Autrefois on admettait deux sortes de juridictions, la juridiction ordinaire qu'on appelait aussi juridiction universelle, et la juridiction extraordinaire ou juridiction d'exception.

« Nous tenons en France, disait Loyseau, qu'outre les officiers des Cours souveraines extraordinaires, il n'y a d'ailleurs que ceux de la justice ordinaire qui soient vrais magistrats, ayant seuls puissance ordinaire, juridiction entière et vrai détroit et territoire qui est à nous la marque de juridiction et magistrature; et, quant aux officiers de justice extraordinaires, ils ont plutôt une simple notion ou puissance de juger, qu'une vraie juridiction. Les élus sont juges des aides et tailles; les grènetiers, juges du sel; les maîtres des eaux et forêts, des rivières et des bois; les prévôts des maréchaux, des vagabonds; les juges-consuls, du fait de marchandises; mais les juges ordinaires sont juges des lieux et du territoire : *ubi, tanquam magistratus, jus terreni habent*, et ont justice régulièrement et universellement sur toutes les personnes et les choses qui sont dans icelui, de laquelle justice les autres justices extraordinaires et extravagantes sont démembrées et *extrà ordinem utilitatis causâ constitutæ* [1]. »

« Les juges ordinaires, disait Domat, sont ceux qui ont naturellement la connaissance de toutes les matières sans autres exceptions que celles qui ont été attribuées expressément à d'autres juges [2]. »

Or, on admettait généralement que les juges ordinaires pouvaient, lorsque les parties y consentaient, rester saisis des affaires dévolues aux juges d'exception.

C'est cette jurisprudence qu'on a fait revivre sous l'empire de notre organisation judiciaire actuelle.

[1] Loyseau, *Traité des offices*, liv. I, ch. 6.

[2] Domat, *Lois civiles*, part. II, liv. II, tit. 1, sect. 2.

On prétend que les Cours impériales et les tribunaux civils d'arrondissement forment la juridiction ordinaire ou universelle, tandis que les tribunaux de commerce, les justices de paix et les conseils de prud'hommes ne formeraient que des juridictions extraordinaires ou d'exception. Comme conséquence de ce système, une jurisprudence constante a admis que si les tribunaux appelés d'exception doivent, dans tous les cas, se déclarer d'office incompétents lorsqu'on leur soumet des affaires qui n'entrent pas dans leurs attributions, il n'en est pas ainsi des tribunaux ordinaires.

En effet, les tribunaux civils peuvent, d'après cette jurisprudence, retenir les causes dont les juges d'exception auraient dû être saisis, lorsque les parties n'opposent pas elles-mêmes l'incompétence[1].

Cette solution est presque unanimement combattue par les auteurs; il n'y a peut-être pas de question sur laquelle la doctrine et la jurisprudence soient plus nettement divisées.

Quelque imposant que soit le nombre des arrêts qui consacrent l'opinion contraire, nous préférons celle des auteurs.

En effet, qu'avant l'organisation judiciaire actuelle, on ait admis généralement la distinction des juridictions ordinaires et des juridictions extraordinaires, cela pouvait s'expliquer historiquement. C'est que, dans la réalité, on avait formé peu à peu les juridictions dites exceptionnelles en démembrant les attributions des juges primitifs. Or, ces derniers luttaient avec d'autant plus de jalousie contre le pouvoir nouveau des juges créés pour des matières spéciales qu'à cette époque l'administration de la justice était pour les magistrats une source féconde en émoluments. De là, cette doctrine, d'ailleurs combattue même dans notre ancien droit, que les parties pouvaient saisir les juges ordinaires des différends attribués aux juridictions spéciales, par la raison que le retour à l'état primitif est toujours favorable.

Mais cette distinction appliquée aux juridictions actuelles ne

[1] Civ., 10 juillet 1816, D., 3, 281. — Req., 20 avril 1825, D., 25, 1, 277. — Civ., 9 avril 1827, D., 27, 1, 165. — Req., 24 avril 1834, D., 34, 1, 209. — Req., 9 janvier 1838. D., 38, 1, 156. — Req., 18 mars 1839, D., 39, 1, 182. — Req., 11 janvier 1847, D., 47, 4, 239. — Req., 20 novembre 1848, D., 48, 1, 233. — Poitiers 12 juillet 1833, D., 38, 2, 235. — Aix, 10 février 1842, D., 42, 4. — *Contrà*, Anvers, 27 mai 1848, D., 49, 8, 77 et 78.

s'appuie plus ni sur un texte de loi, ni sur des précédents historiques; toute notre organisation judiciaire est sortie d'un seul jet de la loi du 24 août 1790, et cette loi a donné à chaque ordre de juridiction des attributions exclusives et bien distinctes. « Les juges de district, dit-elle, connaîtront en première intance de toutes les affaires personnelles, réelles et mixtes, en toutes matières, *excepté* seulement celles qui ont été déclarées de la compétence des juges de paix, les affaires de commerce dans les districts où il y aura des tribunaux de commerce établis et le contentieux de la police municipale. » (Art. 4 de la loi.)

« En lisant ce texte, dit Henrion de Pansey, on a peine à se défendre de l'idée qu'il a été dans l'intention du législateur d'élever un mur de séparation entre les tribunaux ordinaires que la loi appelle tribunaux de district et les juges extraordinaires et de rendre les premiers incompétents à raison de la matière pour toutes les affaires attribuées aux autres... L'historique de nos institutions ne permettra plus aux juges de rester saisis, car ils ne pourraient plus dire, comme autrefois : J'avais originairement le droit d'en connaître et le retour à l'état primitif est toujours favorable [1]. »

Cependant, malgré le texte si clair de l'article 4 de la loi du 24 août 1790, la jurisprudence est fixée dans ce sens, que les tribunaux civils d'arrondissement peuvent, avec le consentement des parties, rester saisis des affaires dévolues aux tribunaux spéciaux de commerce.

Il est vrai qu'elle n'admet pas le même principe pour les affaires qui sont du ressort des juges de paix, et c'est là une inconséquence. On décide généralement que si une affaire de la compétence du juge de paix est portée devant le tribunal civil d'arrondissement, celui-ci est tenu de se déclarer d'office incompétent, alors même que les parties consentent à être jugées [2].

Pour établir la compétence matérielle des tribunaux civils dans les affaires commerciales, on soutient qu'il y aurait incon-

[1] *De la compétence des juges de paix*, t. I, p. 350. — Dans le même sens : Carré-Chauveau, quest. 721, note 1. — Boncenne, t. I, p. 330. — Rodière, t. XI, p. 139. — Laferrière, *Histoire du droit français*, 1re édit., t. II, p. 60. — Foucher, *Commentaire de la loi du 31 mai 1838*, p. 38. — *Contrà*, Dalloz, v° *Compétence civile*, n° 216.

[2] Rej., 28 juin 1825. — Cass., 16 mars 1841, D., 41, 1, 179.

séquence de la loi de ne pas permettre aux parties de s'adresser à ces tribunaux, puisque l'article 7 du Code de procédure civile les autorise à proroger la compétence du juge de paix en matière personnelle et mobilière jusqu'à la somme la plus élevée.

Mais on peut répondre à cette objection que la disposition de l'article 7 du Code de procédure civile est une dérogation à la règle générale; que dès lors elle doit être renfermée dans ses termes, et qu'on ne saurait, par une analogie plus ou moins lointaine, en conclure que les parties peuvent également proroger la compétence des tribunaux civils en leur soumettant des affaires commerciales.

On comprend d'ailleurs fort bien que pour éviter les longueurs et les embarras d'un procès devant le tribunal civil, la loi ait permis aux parties de s'adresser à la justice plus sommaire du juge conciliateur; mais on comprend beaucoup moins que, dans les matières commerciales qui requièrent une grande célérité, il soit permis aux parties de déserter la juridiction consulaire pour recourir aux tribunaux civils où la procédure est plus longue et plus coûteuse.

Cependant, tout en décidant que les tribunaux civils peuvent juger les affaires commerciales dont les parties les saisissent, la jurisprudence reconnaît qu'ils ne sont pas tenus de juger et qu'ils peuvent, s'ils l'estiment convenable, se déclarer incompétents [1].

7. Lorsque des plaideurs, franchissant le premier degré de juridiction, saisissent *de plano* les juges d'appel de leur procès, ceux-ci doivent d'office se déclarer incompétents. La Cour de cassation avait cependant jugé le contraire par une longue série d'arrêts [2].

8. Elle avait également décidé que les juges d'appel ne sont pas matériellement incompétents pour statuer sur un appel formé dans une affaire jugée en dernier ressort [3]. Mais cette jurisprudence, qui tendait à créer un second degré de juridiction pour les affaires où la loi avait décidé, dans un intérêt général, que l'appel ne serait pas reçu, a été abandonnée par la Cour suprême

[1] Dalloz, v° *Compétence civile*, n° 227. — Req., 11 mars 1807. — Rennes, 22 mars 1838. — *Contrà*, Colmar, 6 août 1827, et Douai, 9 décembre 1843.

[2] 19 janvier 1808. — 19 février 1809. — 18 août 1818. — 22 novembre 1837. — 24 décembre 1838. — 27 avril 1840.

[3] Req., 7 mai 1829, D., 29, 1, 140. — Req., 8 mai 1838, D., 18, 1, 122. — Civ. rej., 16 décembre 1846, aff. Peyronnet *C.* Delrieu.

dans son arrêt du 18 juillet 1848. Cet arrêt revenant aux véritables principes décide que le maintien des juridictions est d'ordre public, et que les Cours d'appel sont sans pouvoir pour statuer sur des demandes placées hors de leur compétence et dont le jugement souverain appartient à d'autres juges; qu'il ne peut dépendre ni de conventions expresses des parties, ni de leur silence, de confier aux Cours d'appel des pouvoirs et une compétence que celles-ci ne tiendraient pas de la loi; qu'en conséquence, alors même que les parties omettent d'exciper de ce qu'un jugement a été rendu en dernier ressort, les juges d'appel doivent d'office se déclarer incompétents pour en connaître [1].

9. Quant à l'incompétence *ratione personæ vel loci*, le juge n'est pas tenu de l'opposer d'office au demandeur.

La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation, *pourra* demander son renvoi devant les juges compétents (art. 168 du Code de procédure civile).

Elle sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses (art. 169).

On voit, d'après ces dispositions, que l'exception d'incompétence personnelle n'est pas fondée sur l'ordre public, puisqu'elle se couvre par le silence du défendeur; dès lors le juge n'est pas tenu de la soulever d'office.

10. Mais nous ajouterons cependant que rien n'empêcherait le tribunal, s'il le jugeait convenable, de se déclarer incompétent; c'est une faculté dont il peut user; ce n'est pas une obligation qui lui incombe [2].

Il n'y a qu'une exception à cet égard; elle concerne les juges de paix.

Aux termes de l'article 7 du Code de procédure civile, « les parties pourront toujours se présenter volontairement devant le juge de paix, auquel cas il jugera leur différend, soit en dernier ressort, si les lois et les parties l'y autorisent, soit à la charge de l'appel, *encore qu'il ne fût le juge naturel des parties* ni à

[1] Cass., 18 juillet 1848, D., 48, 5, 95. — Cass., 29 mai 1850, D., 50, 1, 237. — Bourg, 21 janvier 1851, D., 51, 5, 165. — Civ. rej., 10 janvier 1854. D., 54, 1, 35. — Bourges, 6 juillet 1857, D., 57, 2, 143.

[2] Boncenne, t. III, p. 251. — Rej., 11 mars 1806. — *Contrà*, Rodière, t. I, p. 138.

raison du domicile du défendeur ni à raison de la situation de l'objet litigieux. »

Mais aucune injonction de ce genre n'a été faite aux autres juridictions.

11. Il est aussi hors de doute que le juge peut d'office se déclarer incompétent dans les affaires qui lui sont soumises par des étrangers, à moins toutefois que sa compétence ne soit établie à raison de la situation de la chose litigieuse [1].

On a cependant combattu ce principe en disant que, dans l'état actuel de nos mœurs et en présence des relations continuelles que la civilisation a créées entre les nations, les barrières qui séparent les États se sont abaissées et que la justice française doit être abordable pour les étrangers comme pour les nationaux [2].

Mais ces considérations cosmopolites n'ont pas encore pénétré dans nos lois ; il suffit de lire les discussions qui ont précédé le Code de procédure civile pour se convaincre que le législateur n'a pas voulu faire de l'administration de la justice une institution du droit des gens, obligatoire pour les étrangers comme pour les Français.

Cependant les tribunaux ne sont pas forcés de se déclarer incompétents, à raison de la qualité des plaideurs étrangers, si ceux-ci consentent à accepter leur juridiction.

Cela résulte clairement des discussions qui ont précédé l'article 14 du Code Napoléon. En effet, le consul Cambacérès, ayant proposé d'ajouter à cet article une disposition pour les étrangers qui consentiraient à plaider devant les tribunaux français, M. Tronchet fit observer qu'il est de principe général que le demandeur porte son action devant le juge du défendeur, mais que si cependant le défendeur consentait à être jugé en France, le tribunal aurait le droit de retenir la cause [3].

12. Il y a aussi des cas où le juge ne possède pas seulement le droit de juger les étrangers, mais où il en a l'obligation.

Il en est ainsi : 1° lorsqu'il existe un traité politique qui autorise les étrangers de certains pays à procéder entre eux devant

[1] Fœlix, *Traité du droit international privé*, n° 128. — Demolombe, t. I, n° 261. — Aubry et Rau, t. VI, p. 319. — Req. rej., 14 avril 1818. — Civ. rej., 8 avril 1818. — Req. rej., 2 avril 1833.

[2] Légat, p. 305.

[3] V. Dalloz, v° *Compétence des tribunaux et des Cours*, n° 202.

les tribunaux français, ou lorsque l'étranger défendeur dans la cause a été admis, suivant l'article 13 du Code Napoléon, à résider en France [1].

Mais le juge ne serait pas tenu de retenir l'affaire, si le défendeur appartenait simplement à une nation chez laquelle, sans qu'il y eût d'ailleurs de traité, les Français seraient admis à plaider comme les nationaux. C'est ce qui a été jugé contre deux citoyens des États-Unis qui avaient saisi un tribunal français de leur contestation, et qui furent renvoyés d'office [2].

2° Il a également, de tout temps, été admis en France que les étrangers peuvent saisir nos tribunaux de leurs contestations commerciales résultant de faits commerciaux passés en France [3].

Ce principe, déjà en vigueur dans notre ancien droit, a conservé toute sa force dans notre législation actuelle [4].

En effet, lors de la discussion du Code Napoléon, M. Defermon fit observer que ce serait éloigner les étrangers des foires françaises que de leur refuser le secours des tribunaux pour exercer leurs droits sur les marchands étrangers avec lesquels ils ont traité. M. Réal répondit que dans ce cas les tribunaux français devront prononcer, et M Tronchet ajouta que la nature des obligations contractées en France ôte à l'étranger défendeur le droit de décliner la juridiction de nos tribunaux [5].

Mais quand il s'agit de faits de commerce passés à l'étranger, le juge peut évidemment se déclarer incompétent [6].

Enfin 3° la faculté de se déclarer incompétent n'appartient pas aux tribunaux lorsque l'action introduite entre deux étrangers a pour but la réparation du dommage causé par un délit, ou par un quasi-délit commis en France, ni en général toutes les fois que l'action se rapporte à l'exercice d'un droit ou à l'accomplissement d'un devoir dérivant d'une loi de sûreté ou d'ordre public [7].

[1] Frenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. VII, p. 12, 13 et 14. — Fœlix, n° 137. — Demolombe, n° 261, 4. — Aubry et Rau, t. VI, p. 319.

[2] Rej., 22 janvier 1806.

[3] Ordonnance de 1673, tit. 12, art. 7. — Ordonnance de 1681, tit. 2, art. 1.

[4] Fœlix, n° 131. — Marcardé, sur l'article 14. — Demolombe, n° 261. — Aubry et Rau, t. VI, p. 318.

[5] Fenet, *Travaux préparatoires*, t. VII, p. 12, 13 et 14.

[6] Orillard, n° 628.

[7] Demolombe, t. I, n° 261. — Aubry et Rau, t. VI, p. 318. — Bordeaux, 11 août 1848. — Rej., 25 août 1847. — Douai, 22 juillet 1852.

C'est ainsi que la Cour impériale de Paris a jugé, par arrêt du 28 juin 1853, que les tribunaux français, en supposant même qu'ils soient incompétents pour statuer sur une demande en séparation de corps entre étrangers, doivent statuer sur toutes les mesures provisoires que réclament, soit les besoins et la sûreté de la femme, soit l'intérêt des enfants [1].

13. L'intérêt des parties, comme aussi l'ordre public, exigent qu'un plaideur ne soit pas exposé à soutenir devant deux tribunaux à la fois la même affaire, et à voir rendre deux jugements dont l'un serait en opposition avec l'autre.

C'est pour empêcher ce résultat que le défendeur peut opposer à son adversaire les exceptions de *litispendance* et de *connexité*.

L'exception de litispendence suppose que le procès existe déjà devant d'autres juges, entre les mêmes parties, pour la même chose et sur une demande basée sur une même cause.

L'exception de connexité peut être soulevée lorsque le procès déjà commencé devant d'autres juges, quoique n'étant pas identiquement le même, a cependant avec le second une telle affinité qu'il puisse être considéré comme un *corollaire* du premier.

Le juge possède, par la force des choses, un certain pouvoir d'appréciation, pour décider si la liaison entre les deux affaires est assez fondée pour justifier l'exception de connexité [2].

Mais une question assez grave est celle de savoir si le juge doit, dans le silence des parties, soulever *d'office* ces deux genres d'exceptions, ou si elles se couvrent par l'inaction des plaideurs.

La Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 27 avril 1837, que l'exception de litispendance ne se rattache pas à l'ordre public et qu'elle n'a été établie que dans l'intérêt des parties; que, dès lors, celles-ci peuvent y renoncer [3] : d'où il faudrait conclure que le juge ne doit pas relever d'office ces exceptions.

Il nous paraît difficile d'admettre cette doctrine qui est d'ailleurs combattue par la plupart des auteurs [4]. En effet, l'ordre

[1] V. l'article de M. Marcadé dans la *Revue critique de jurisprudence*, t. IV, p. 509.

[2] Boncenne, t. III, p 219.

[3] D., 37, 1, 268. — V. également un arrêt du 18 juillet 1859, D., 59, 1, 394.

[4] Boncenne, t. III, p. 247. — Thomine-Desmazures, t. I, p. 110. — Boitard, t. I, p. 360. — Delzers, t. II, p. 127.

public ne se trouvera-t-il pas lui-même engagé à éviter la contrariété, l'opposition entre deux jugements? Dès lors, le silence des parties doit-il enchaîner l'action du juge?

Nous croyons donc que le juge doit soulever d'office ces exceptions, quand les débats lui ont révélé qu'un tribunal a été saisi, avant lui, d'un procès identique ou analogue entre les mêmes parties.

C'est ce qu'a jugé en principe un arrêt de Montpellier du 30 août 1850[1]. Il est vrai que, dans l'espèce, les deux procès pendaient devant deux chambres du même tribunal, et que le juge aurait, par conséquent, pu prononcer d'office la jonction des deux affaires, non en vertu de l'article 127 du Code de procédure civile, mais en usant simplement de son droit de réglementation.

C'est dans ce sens qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 30 novembre 1852, a décidé que la jonction des deux causes pendantes devant le même tribunal, entre les mêmes parties et ayant un objet identique, peut être ordonnée d'office par le juge[2].

CHAPITRE III.

Des exceptions de nullité.

SOMMAIRE.

14. Le juge ne peut pas *d'office* soulever les exceptions tirées de la nullité des exploits ou des actes de procédure.
15. Il ne le pourrait même pas dans les procès concernant des personnes incapables.
16. Mais les nullités de ce genre ne sont plus comminatoires. Conséquences qui en résultent dans l'office du juge.
17. L'exception tirée du défaut de préliminaire de conciliation est-elle d'ordre public?
18. Système mixte auquel s'est arrêtée la jurisprudence de la Cour de cassation.

14. Les exceptions tirées de la nullité d'un exploit ou d'actes de procédure ne sont en général fondées que sur l'intérêt privé des plaideurs; les parties peuvent donc y renoncer, et leur silence doit être considéré comme une renonciation tacite.

[1] D., 54, 2, 202.
[2] Rej., 30 août 1852, D., 53, 1, 270.

Le juge ne doit donc pas soulever d'office les exceptions de ce genre. « Quelque importance que puissent avoir les délais de procédure, a dit M. l'avocat général Nicias Gaillard, il y a quelque chose qui importe plus encore, c'est la sûreté des relations entre citoyens ; c'est la probité qui ne saurait être trop exacte et dont la loi doit encourager les scrupules, bien loin de les contrarier et de les désavouer. »

« Assez de plaideurs accepteront avec empressement les nullités que leur offrira la loi ; qu'il soit permis à quelques-uns de préférer l'honnête à l'utile. Et quand ils auront fait leur choix, que le juge ne leur impose pas ce que leur conscience n'aura pas voulu, L'ordre public ne l'exige pas, et bien moins encore, la morale publique [1]. »

15. Les juges ne pourraient pas d'office soulever ces exceptions, même dans les affaires qui concernent des mineurs, des interdits ou en général des personnes incapables de renoncer à leurs droits [2].

16. Mais lorsqu'un plaideur invoque une nullité ou une déchéance de procédure édictée par la loi, le juge n'a plus, comme autrefois, un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter ses conclusions.

Sous l'ancienne jurisprudence les nullités étaient comminatoires. Les parlements, toujours plus disposés à corriger les lois qu'à s'y soumettre, avaient fait prévaloir la maxime : *Point de nullité sans grief*, qui livrait tout à leur arbitraire.

C'est pour déraciner cet abus que l'article 1029 du Code de procédure civile porte qu'aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans ce Code n'est comminatoire.

Ainsi l'office du juge est borné aujourd'hui, suivant le rapport fait au Corps législatif, à faire l'application littérale de la loi sans qu'il puisse en modérer ni en aggraver la peine ; « heureuse impuissance, ajoute le rapporteur, qui ne pourrait déplaire qu'à un juge ambitieux, voulant se faire une balance et un poids particuliers pour chaque cause, mais dont l'effet salutaire est nécessairement de donner à la justice un cours libre et régulier. »

17. C'est une question très-controversée aujourd'hui de sa-

[1] V. le *Réquisitoire* de M. le premier avocat général Niclas Gaillard, dans l'affaire, D., 50, 1, 237.

[2] Cass., 18 avril 1838, D., 38, 1, 200. — Cass., 5 avril 1854, D., 54, 1, 337.

voir si le juge doit d'office déclarer non recevable l'action introduite devant lui, lorsque le demandeur a négligé le préliminaire de conciliation dans un cas où la loi le prescrit.

Dans les premières années qui suivirent l'institution de l'essai de conciliation, cette question ne faisait pas doute ; on était en effet unanime pour décider que le préliminaire de conciliation était une véritable mesure d'ordre public, que le défendeur pouvait en invoquer le défaut en tout état de cause, enfin que dans le silence du défendeur le juge devait d'office déclarer le demandeur non recevable en son action.

Mais depuis la promulgation du Code de procédure civile, la jurisprudence et la doctrine se sont relâchées de leur ancienne sévérité.

Il y a un grand nombre d'arrêts [1] et d'auteurs [2] qui ont décidé que l'essai de conciliation n'est pas d'ordre public, et comme conséquence, que le défaut d'essai de conciliation peut être opposé *in limine litis* seulement.

Ce n'est pourtant pas que le texte de l'article 48 du Code de procédure soit moins impératif que la loi de 1790. « Aucune demande principale introductive d'instance entre les parties capables de transiger et sur des objets qui peuvent être la matière de transactions, dit cet article, *ne sera reçue* dans les tribunaux de première instance que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix ou que les parties n'aient volontairement comparu. »

Mais quelques années d'expérience avaient suffi pour détruire les espérances exagérées qu'on avait fondées sur l'institution de l'essai de conciliation et avaient fait naître contre elle de graves préventions. C'est à tort cependant ; cette institution est bien loin d'être restée infructueuse ; les comptes de la statistique des affaires civiles de 1859 démontrent que les juges de paix ont concilié, en moyenne, cinq cent quarante affaires sur mille.

18. La Cour de cassation a adopté, depuis quelques années,

[1] Aux arrêts cités par M. Chauveau, quest. 243, on peut ajouter les suivants : un arrêt de Bruxelles, 22 janvier 1834 ; de Colmar, 30 novembre 1839.

[2] Berriat Saint-Prix, p. 181, note 27. — Favard de Langlade, t. I, p. 628. — Thomine-Desmazures, t. I, p. 129. — *Contrà*, Boncenne, t. II, p. 53. — Rauter, p. 113. — Chauveau sur Carré, quest. 243.

un système mixte. Elle reconnaît, il est vrai, que l'exception tirée du défant de conciliation est fondée sur un motif d'ordre public et que le tribunal peut la proposer *d'office*, mais *in limite litis* seulement; elle serait au contraire couverte dès que les parties auraient défendu au fond. « Attendu, dit l'arrêt du 30 mai 1842, que l'institution salutaire des bureaux de paix a pour objet de prévenir les procès, institution d'ordre public, dont il serait fait une juste application, en déclarant, même d'office, une action non recevable à défaut de citation préalable en conciliation, mais il n'en résulte cependant pas pour le magistrat un devoir rigoureux de porter d'office un regard investigateur dans les actes de la procédure, et ce serait un abus sans effet salutaire d'admettre l'exception, après la défense au fond, après des procédures longues et dispendieuses, lorsque les parties ont prouvé leur éloignement pour la conciliation; ce serait l'application la plus funeste de la prescription légale d'une tentative préalable de conciliation, que d'y renvoyer les parties, lorsqu'il a déjà été prononcé sur le litige, soit en première instance, soit en appel; rejette[1]. »

Mais ce système n'est pas complétement satisfaisant. En effet, si l'on admet avec la Cour suprême que l'essai de conciliation est une institution d'ordre public, le juge n'aura plus la faculté seulement d'opposer d'office l'exception qui résulte de son omission, mais ce sera pour lui un devoir impérieux.

D'un autre côté, la jurisprudence de la Cour de cassation présente encore cette singularité que la nullité, résultant du défaut du préliminaire de conciliation, est déclarée couverte par la défense au fond, tandis qu'il est de principe constant que les nullités d'ordre public peuvent être invoquées en tout état de cause.

CHAPITRE IV.

Des exceptions dilatoires.

SOMMAIRE.

19. Les exceptions dilatoires ne sont pas d'ordre public. Influence de ce principe sur l'office du juge.

19. Les différentes exceptions dilatoires, telles que l'exception *judicatum solvi*, de bénéfice d'inventaire, de garan-

[1] Req., 30 mai 1842, D., 42, 1, 367. — Montpellier, 22 février 1854, D. 55, 2, 224.

tie, etc., sont fondées sur l'intérêt privé des parties seulement.

Voilà pourquoi la loi a décidé qu'elles se couvrent par la défense au fond (art. 186 C. proc. civ.).

Elles ne peuvent pas être soulevées d'office par le juge[1].

CHAPITRE V.

Des exceptions péremptoires ou fins de non-recevoir.

SOMMAIRE.

20. L'exception tirée de l'autorité de la chose jugée ne doit pas être soulevée *d'office* par le juge.
21. Cas où le juge doit soulever cette exception, bien que la partie ne l'oppose pas d'une manière explicite. Pouvoir d'appréciation du magistrat.
22. Le juge d'appel doit-il *d'office* opposer la déchéance du droit d'appel?
23. Arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1850 résolvant cette question dans le sens affirmatif.
24. *Quid* de l'appel émis prématurément?
25. Le juge ne doit pas *d'office* soulever l'exception tirée de l'acquiescement qu'une partie aurait donné au jugement,
26. Ni celle que la partie pourrait tirer du désistement de son adversaire.
27. Il ne peut suppléer *d'office* le moyen résultant de la prescrition. Raison sur laquelle est fondée cette règle.
28. *Quid*, lorsque la prescription est acquise en faveur d'une personne incapable de transiger?
29. Le ministère public ne peut pas suppléer au silence des parties, même en faveur d'une personne incapable.
30. Du défaut de qualité d'une partie ou de son défaut d'autorisation de plaider.
31. Le juge ne peut pas d'office soulever l'exception fondée sur la règle : *En France nul ne plaide par procureur.*
32. Mais il en est autrement lorsqu'une femme mariée este en justice sans l'autorisation de son mari.
33. Il doit aussi *d'office* soulever l'exception lorsqu'un établissement public intente un procès sans avoir obtenu l'autorisation administrative.
34. Le silence des parties couvre l'exception tirée du défaut de qualité, lorsqu'elle n'est fondée que sur un intérêt purement privé.

20. Parmi les moyens de défense qu'on comprend généralement sous le nom d'*exception péremptoire* figure, en première ligne, l'autorité de la chose jugée.

Quelle sera la mission du juge lorsque la partie, qui pourrait opposer l'autorité de la chose jugée à son adversaire, né-

[1] Carré-Chauveau, t. II, quest. 703. — Boncenne, t. III, p. 199.

gligera de faire valoir ce moyen? Le juge sera-t-il tenu, ou au moins autorisé, à suppléer ce moyen de défense?

La négative était généralement enseignée autrefois : « *Perit vis sententiæ renuntiatione*, dit Voët, *ampliùs etiam effectu destituitur res judicata, si reus per sententiam absolutus, patiatur iterum secum eâdem de re agi per eumdem actorem, nec ei opponat rei judicatæ exceptionem; eo quòd hoc ipso intelligetur tacitè juri per sententiam quæsito renuntiâsse*[1].

Les auteurs modernes[2] et la jurisprudence[3] se sont, avec raison, rangés au même avis. Il est en effet permis à tout citoyen de renoncer au bénéfice du jugement qu'il a obtenu en matière civile, et le juge ne saurait d'office le forcer à en demander l'exécution.

21. Cependant il n'est pas nécessaire pour que le juge puisse déclarer la demande non recevable, en s'appuyant sur l'autorité de la chose jugée, que la partie qui pouvait se prévaloir de ce moyen ait déclaré en termes formels vouloir l'opposer à son adversaire. L'intention de ne pas renoncer à ce moyen peut résulter virtuellement de ses conclusions.

Ainsi lorsque, dans le cours du procès, le plaideur, après avoir soulevé cette exception, déclare finalement s'en rapporter à la prudence du tribunal, il est censé n'y avoir pas renoncé, car le rapport à prudence emporte contestation.

Il en est même ainsi lorsque la partie, qui pouvait se prévaloir de ce moyen, ne l'a pas spécifié, mais a déclaré simplement s'en rapporter à la justice[4].

22. Une question qui peut se rattacher à la précédente est celle de savoir si le juge doit d'office opposer la déchéance de l'appel, lorsque qu'il a été émis après le délai accordé par la loi.

La plupart des auteurs l'ont résolue dans le sens négatif[5];

[1] Voet., *Ad Pand.*, leg. 28, ff., *De jurejur.*

[2] Merlin, *Question de droit*, v° *Chose jugée*, § 2 *bis*. — Toullier, t. X, p. 73. — Carré-Chauveau, quest. 739 *bis*. — Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 333. — Aubry et Rau, t. VI, p. 512.

[3] Orléans, 23 juillet 1841, D., 41, 2, 217. — Civ. rej., 16 novembre 1853, D., 54, 1, 326.

[4] Thomine-Desmazures, t. I, p. 679. — Carré-Chauveau, quest. 739 *bis*. — Rodière, t. II, p. 341.

[5] D , 50, 1, 81. — Montpellier, 27 décembre 1852, D., 53, 2, 65. — Req., 10 juillet 1857, D., 57, 1, 194.

la Cour de cassation, après avoir varié dans sa jurisprudence, l'a décidée affirmativement par un arrêt rendu le 2 avril 1850 [1].

23. Cet arrêt a été rendu contrairement aux conclusions de M. Nicias Gaillard, alors premier avocat général à la Cour de cassation. Le remarquable réquisitoire de l'éminent magistrat se trouve reproduit *in extenso* dans le *Recueil périodique* de M. Dalloz.

Malgré les raisons puissantes d'analogie qui, suivant M. Nicias Gaillard, devaient faire admettre la même solution que dans le cas où la partie renonce à faire valoir l'autorité de la chose jugée, la Cour de cassation a décidé que le juge devait d'office déclarer l'appel non recevable, alors même que l'intimé renoncerait à relever le moyen de déchéance.

Attendu, porte l'arrêt, qu'aux termes de l'article 444 du Code de procédure civile, l'expiration des délais pour interjeter appel emporte déchéance ;

Qu'elle n'établit pas seulement une nullité d'acte de procédure ou d'exploit pour vice de forme, laquelle serait couverte par la défense au fond ;

Qu'il ne s'agit pas même d'une prescription à laquelle on peut renoncer ; qu'il s'agit d'une déchéance absolue, prononcée par la loi, dans un intérêt public et pour mettre fin au procès, en consacrant, après un laps de temps écoulé, l'autorité de la chose jugée ;

Que les lois qui déterminent l'ordre des juridictions tiennent essentiellement à l'ordre public ; que l'institution des deux ordres de juridiction ne donne à chacune des juridictions instituées que des pouvoirs renfermés dans les bornes tracées par la loi ;

Que la juridiction des Cours supérieures est limitée, non-seulement par le territoire et la nature des affaires qui leur sont attribuées, mais encore par la durée du temps accordé pour interjeter appel et que, ce délai expiré, elles restent sans pouvoir ; qu'elle deviennent dès lors incompétentes comme ayant été saisies hors des délais de la loi ;

Qu'il est d'ordre public que l'autorité des juges soit respectée et que cette autorité serait méconnue si la chose jugée pouvait être remise en question après l'expiration du délai légal ;

[1] Dans le sens négatif, notamment, Cass., 30 nov. 1830, D., 30, 1, 407.

Qu'il n'est pas des déchéances comme des prescriptions; que les déchéances sont des injonctions de la loi, pour régler le mode d'exercer les actions et le temps dans lequel elles doivent être exercées; qu'elles sont établies d'une manière absolue, parce qu'elles n'enlèvent aucun droit acquis et que les facultés qu'elles retirent sont une concession de la loi dont on perd l'avantage, au profit de l'intérêt public, si on ne les a pas fait valoir dans le délai légal, d'où il suit que la déchéance de l'appel peut être opposée en tout état de cause, qu'elle peut même être suppléée par le juge, etc.

Comme on le voit par ces motifs, la Cour suprême considère, dans ce cas, le juge d'appel comme incompétent *ratione materiæ*. Mais cette manière de voir nous semble avoir été, à juste titre, critiquée dans le réquisitoire de M. l'avocat général Nicias-Gaillard. « La tardiveté de l'appel, disait ce magistrat, n'a pu en rien changer la matière du procès, c'est-à-dire sa nature, l'objet du litige. Le juge n'est matériellement incompétent que lorsqu'il est saisi d'une affaire qui, à raison de sa nature, n'entre pas dans sa juridiction. »

24. C'est également une question controversée de savoir si le juge doit d'office déclarer non recevable un appel prématuré.

La Cour de Grenoble a décidé que l'exception résultant de ce que l'appel a été émis dans la huitaine du jugement est d'ordre public; d'où il faudrait conclure que le juge d'appel doit la suppléer dans le silence des parties [1].

Mais l'opinion contraire nous semble préférable; elle a été consacrée par un arrêt de Bordeaux, et elle est professée par plusieurs auteurs [2].

25. L'acquiescement à un jugement est un obstacle à se pourvoir ultérieurement par appel contre la décision des premiers juges.

Néanmoins le juge d'appel ne doit pas, dans ce cas, repousser l'appel d'office.

On pourrait, il est vrai, objecter à cette solution que l'acquiescement a donné au jugement le même caractère que s'il avait été rendu en dernier ressort; que le juge n'est dès lors plus compétent pour statuer; mais il faut répondre à cette objection

[1] Grenoble, 11 février 1813. — Boitard, t. III, p. 66.

[2] Bordeaux, 21 décembre 1832. — Carré-Chauveau, quest. 1612 *ter*. — Dalloz, v° *Appel civil*, n° 855.

que l'exception tirée de l'acquiescement n'est pas d'ordre public, puisque rien n'empêcherait les parties d'y renoncer formellement.

Le juge ne pourrait d'ailleurs, sans danger, suppléer ici au silence des parties, puisqu'il ignorerait, dans la plupart des cas, les termes et les conditions de l'arrangement intervenu entre les parties [1].

26. On peut invoquer les mêmes raisons pour décider que le juge ne peut pas d'office faire valoir l'exception tirée du fait qu'il y aurait eu désistement de l'instance.

27. Les juges, dit l'article 2223 du Code Napoléon, ne peuvent suppléer d'office le moyen résultant de la prescription [2].

En effet, la loi n'a pas voulu que le magistrat ne respectât pas les scrupules de conscience qui empêchent souvent les plaideurs d'user de ce moyen.

28. La règle posée par l'article 2223 s'applique même aux cas où la prescription profiterait à des mineurs, à des interdits ou à des personnes incapables de renoncer à leurs droits ou de transiger [3].

29. Le ministère public ne peut pas non plus suppléer au silence des personnes incapables ou de leurs représentants, et soulever d'office pour elles le moyen de la prescription. Il ne figure, en effet, que comme *partie jointe*, même dans les procès civils qui intéressent des personnes incapables de défendre elles-mêmes leurs droits [4].

30. Le défaut de qualité ou d'autorisation de plaider de l'une des parties, peut aussi devenir la source d'une exception péremptoire ou fin de non-recevoir.

Nous allons donc indiquer dans quels cas le juge doit d'office relever une fin de non-recevoir pareille.

31. On sait qu'il est de règle traditionnelle *qu'en France, nul, si ce n'est le roi, ne plaide par procureur*. Cette maxime est encore en vigueur, sauf la modification que notre constitution politique actuelle a amenée.

[1] Dalloz, v° *Acquiescement*, n° 815. — Carré-Chauveau, quest. 739 *bis*.

[2] La prescription de l'action civile résultant d'un crime ou d'un délit ne peut, comme celle de l'action publique, être suppléée d'office par le juge (Req., 22 février 1860, D., 60, 1, 191).

[3] Troplong, *De la prescription*, t. I, n° 89.

[4] *Secùs*, Vazeille, *Du mariage*, n° 334.

S'il arrivait, contrairement à cette règle, qu'un mandataire plaidât en son nom propre pour un tiers, le défaut de qualité de ce mandataire ne pourrait être opposé que par la partie adverse. Le juge ne pourrait d'office soulever cette fin de non-recevoir, car la règle, nul ne plaide par procureur, n'est pas d'ordre public [1].

32. Les juges ne peuvent, au contraire, passer outre, lorsqu'une femme mariée introduit une action sans l'autorisation de son mari. Le silence du défendeur ne couvrirait pas le défaut de qualité de la demanderesse.

L'autorisation martiale est, en effet, une mesure essentiellement d'ordre public. Son défaut peut être invoqué en tout état de cause, et même pour la première fois en cassation ; le juge doit donc d'office soulever la fin de non-receveur tirée de ce défaut.

Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 18 août 1857, l'a déclaré dans les termes les plus formels.

Attendu, porte cet arrêt, que la femme mariée ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari ou à défaut, sans l'autorisation de la justice ; d'où la conséquence que tout jugement rendu contre une femme mariée non valablement autorisée, doit être annulé ;

Attendu que cette nullité dérive d'un principe d'ordre public, d'où il suit qu'elle peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, etc [2].

Dans la pratique, lorsque la femme non autorisée est demanderesse, le tribunal lui accorde un sursis pour se faire autoriser conformément à la loi. Si l'autorisation n'a pas été obtenue dans le délai accordé, le juge déclare d'office la demanderesse non recevable dans son action [3].

Lorsque la femme non autorisée figure au procès comme défenderesse, et que son mari a été assigné pour donner son autorisation, le juge peut l'autoriser à plaider (art. 218 du Code Napoléon).

Mais lorsque le mari n'a pas été assigné pour autoriser sa

[1] Aubry et Rau, t. VI, p. 310. — Req., 14 décembre 1839. — Req., 4 juillet 1849, D., 51, 5, v° *Cassation*, n° 21 *bis*. — Req., 30 mai 1854, D., 54, 1, 323.

[2] D., 57, 1, 333.

[3] Bordeaux, 24 février 1842, D., 42, 2, 140. — *Id.*, 3 mars 1851, D., 52, 2, 43. — *Id.*, 14 août 1851, D., 52, 2, 63. — *Id.*, 24 mai 1851, D., 54, 5, 56.

femme, le juge ne peut pas accorder d'office cette autorisation; il doit simplement déclarer le demandeur non recevable.

33. Le juge doit également repousser d'office toute demande judiciaire, intentée sans autorisation, par une commune ou une personne morale qui ne peut valablement ester en jugement, sans l'autorisation du pouvoir administratif.

C'est ce qui a été notamment jugé par la Cour de Colmar, contre la fabrique de Mietesheim qui avait intenté un procès sans avoir obtenu l'autorisation de plaider [1].

34. Lorsqu'une partie n'a pas qualité pour introduire une demande, et que l'objet de la demande est d'ordre public, le ministère public et le tribunal lui-même peuvent d'office faire valoir l'exception. C'est ce qui a été jugé par la Cour d'Agen, contre une partie qui, sans qualité, demandait la nullité d'un mariage [2].

Mais lorsque l'ordre public n'est pas intéressé à ce que la qualité en laquelle le plaideur se présente soit contestée, le juge ne peut d'office soulever la fin de non-recevoir. Il n'a pas mission d'être plus vigilant que les parties elles-mêmes pour défendre leurs intérêts purement privés [3].

On ne saurait donc approuver un arrêt de la Cour impériale d'Alger, du 16 juin 1856, qui décide que le juge devait suppléer d'office la fin de non-recevoir contre une demande en nullité d'un testament, tirée du défaut de qualité du demandeur, en ce que celui-ci se prétendait à tort successible du testateur [4].

CHAPITRE VI.

De l'office supplétoire du juge, en matière d'exceptions, lorsque le défendeur fait défaut.

SOMMAIRE.

35. Le pouvoir auxiliaire du juge est très-étendu lorsque le défendeur fait défaut.
36. Dans ce cas, il peut soulever *d'office* les exceptions que le défendeur aurait pu faire valoir, notamment les nullités d'exploit.

35. Ce que nous avons dit dans les paragraphes précédents sur l'étendue du pouvoir auxiliaire du juge, en matière d'ex-

[1] Arrêt du 12 décembre 1833. — Dalloz, v° *Exception*, n° 539.
[2] Agen, 21 décembre 1824. — Dalloz, v° *Mariage*, n°s 448 et 483.
[3] Rouen, 21 décembre 1841, D., 42, 2, 27.
[4] D., 56, 2, 251.

ceptions, s'applique principalement aux cas où toutes les parties se sont présentées à l'audience et ont défendu leurs droits.

Mais la sphère d'action du juge grandit, lorsque la partie, qui aurait pu opposer une exception, fait défaut.

On ne peut plus dire alors que la partie qui fait défaut a tacitement renoncé a faire valoir une exception ; il est au contraire de principe ***que le défaut emporte contestation.***

Or comme le juge ne doit, aux termes de l'article 150 du Code de procédure civile, adjuger la demande par défaut qu'autant qu'il l'a trouvée *juste et bien vérifiée*, il lui appartient de soulever d'office les exceptions que le défendeur eût pu opposer à la demande [1].

Il en serait cependant autrement pour les exceptions que la loi défend expressément au juge de relever lui-même, comme par exemple, pour la prescription.

Du reste, le magistrat possède à cet égard une grande latitude d'appréciation ; il pourrait, suivant les circonstances, voir dans le défaut de comparution du défendeur une renonciation tacite à l'exception qui lui compète.

Cependant il ne devra user de ce pouvoir qu'avec beaucoup de réserve.

36. Il lui appartient surtout d'examiner avec soin si le défaut de comparaître du défendeur ne provient pas d'une nullité de procédure ou de l'inobservation des délais prescrits par la loi. « Supposons, dit M. Chauveau, qu'une assignation remise à un habitant de Strasbourg le 1er janvier, lui ait donné assignation pour le 3, devant le tribunal civil de la Seine, et que

[1] Vainement on suppose, dit M. Dalloz (v° *Exception*, n° 263), que l'article 150 du Code de procédure civile n'a rapport qu'au fond et nullement à la forme de la demande, la loi n'a pas fait cette distinction, et l'on ne voit pas qu'elle ait dû la faire : on ne voit pas pourquoi, après avoir établi des formes protectrices de la fortune et de la liberté des citoyens, elle accorderait une prime à leur infraction, en permettant que cette violation demeurât impunie et qu'elle profitât à l'infracteur, et la preuve que cette distinction n'a pas été faite par le législateur, c'est que, dans le cas où le tribunal ne reconnaît pas sa compétence, soit absolue, soit relative, le renvoi peut, ou même selon le cas, doit être ordonné malgré le défaut. Vainement aussi dit-on que le défaillant n'éprouvera aucun préjudice, parce qu'il pourra toujours proposer ses nullités sur l'opposition au jugement ; n'est-ce pas une charge que la nécessité de plaider en opposition, et pourquoi la lui imposer ?

ce jour-là le demandeur requière défaut ; le juge devra-t-il l'accorder? Ne devra-t-il pas déclarer que les délais pour comparaître n'étant pas expirés, il n'est pas saisi légalement? Et si l'exploit ne porte pas de *parlant à*, les droits de l'assigné ne sont-ils pas méconnus à un tel degré d'évidence, que le tribunal puisse, s'il le juge convenable, déclarer l'instance mal engagée? Ne devra-t-il pas y avoir une semblable solution, dans le cas où l'assigné sera un mineur, une commune ou une femme mariée? Nous pensons que le pouvoir du juge n'est pas circonscrit dans les limites qu'on voudrait lui tracer, et que sa mission, plus noble, plus grande, plus digne, est de se mettre à la place de l'assigné, et d'examiner la demande en la forme et au fond. Disons, toutefois, que ce n'est pas légèrement qu'un moyen de nullité devra être accueilli [1]. » J. KRUG-BASSE.

LA SÉPARATION DE CORPS RÉFORMÉE.

Par M. Paul BERNARD, docteur en droit, procureur impérial à Château-Thierry (Aisne).

TROISIÈME ARTICLE [2].

SECTION II.

Des effets de la séparation de corps relativement aux rapports des époux avec leurs enfants.

Nous avons à examiner les modifications que la séparation de corps peut faire subir aux droits de la puissance paternelle, 1° quant à la personne des enfants; 2° quant à leurs biens.

1° *Modifications de la puissance paternelle quant à la personne des enfants.*

L'article 302 du Code Napoléon, sous la rubrique du *Divorce*, voulait que les enfants fussent confiés à celui qui en avait obtenu le bénéfice, à moins que le tribunal, pour leur plus grand intérêt, ne jugeât qu'ils devaient être livrés à la garde de l'autre

[1] Carré-Chauveau, quest. 616 *ter*. — Dalloz, v° *Exception*, n° 263. — Boncenne, t. III, p. 302. — Agen, 24 décembre 1824. — Agen, 1er février 1833. — *Contrà*, Rennes, 11 juillet 1812.

[2] V. p. 132.

époux ou même d'un tiers. Je ne dirai rien sur la controverse qui a longtemps existé relativement à l'application de cet article à la séparation de corps; la jurisprudence a aujourd'hui définitivement compris que les prérogatives accordées au père de famille qui est digne de la puissance que la loi lui confère doivent subir un échec lorsque sa conduite dément la confiance de la loi. La présomption est contre lui lorsque ses torts ont motivé la séparation de corps, parce qu'ils révèlent chez lui une violence de caractère ou des habitudes d'immoralité qui pourraient compromettre les jours ou l'innocence de ses enfants.

Les tribunaux doivent avoir un pouvoir souverain, sans être liés par le silence de la famille ou du ministère public. Il faudrait donc repousser dans une nouvelle loi le système de la Cour de Montpellier, qui a jugé (le 4 févr. 1835) d'une manière absolue, qu'en cas de séparation de corps les enfants doivent toujours être confiés à l'époux qui l'a obtenue, et que les tribunaux ne peuvent pas déroger à cette règle impérative lorsque la famille ou le ministère public ne l'ont pas demandé. » Le tribunal doit avoir un pouvoir souverain.

D'après l'article 303, les père et mère conservaient respectivement le droit de surveiller l'éducation de leurs enfants, quoiqu'ils eussent été confiés à des tiers. Le père est privé seulement de la garde de ses enfants. C'est au scandale de ses désordres qu'il a fallu les soustraire, mais il ne saurait être assez dépravé pour leur donner une direction pernicieuse. La puissance paternelle ne reçoit donc qu'une modification légère; car le père conserve le droit d'émancipation et celui de correction, l'usufruit légal et l'administration de ses enfants mineurs.

Aujourd'hui il faut d'autant moins hésiter à admettre certaines modifications à la puissance paternelle que les législateurs de 1803 ont paru reculer devant les difficultés qu'il y avait à apporter des restrictions au pouvoir du père lorsqu'il est indigne. Ils n'ont sévi contre lui que dans le cas où il favorise la prostitution et la corruption de ses enfants, de telle sorte que, hors de là, les conseils de famille et les magistrats, contrairement à ce qui avait lieu dans l'ancienne jurisprudence, sont impuissants à limiter ses droits, quelque abus qu'il commette.

Suivant nous, lorsqu'un procès en séparation de corps a révélé l'indignité du père, il faut l'atteindre dans ses prérogatives

afin d'empêcher qu'il ne fasse servir au détriment des enfants une puissance de protection et de moralisation. Le législateur de la séparation de corps statue sur des délits privés qui rendent la vie commune insupportable aux deux époux et peuvent devenir pour les enfants d'un pernicieux exemple. Il doit être investi non-seulement du droit de protéger l'époux qui serait victime de ces délits, en l'isolant, mais encore de promulguer des dispositions pénales qui aient un caractère vraiment préventif et exemplaire; il peut prononcer des déchéances civiles.

Article 49. « Les enfants seront confiés à l'époux qui a ob-
« tenu la séparation de corps, à moins que le tribunal n'ordonne,
« pour leur plus grand avantage, qu'ils seront confiés aux soins
« soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

« Les père et mère conserveront néanmoins respectivement
« le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants
« et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Mais quelle sera la sanction des décisions judiciaires qui priveraient le mari de la garde des enfants, s'il refusait de s'en dessaisir ou s'il venait à les soustraire par surprise? La législation actuelle autorise les tribunaux à condamner le mari à des dommages-intérêts; mais c'est là une sanction insuffisante à laquelle il faut ajouter la contrainte par corps. Des considérations de la plus haute gravité exigent que la loi assure l'exécution des arrêts qui statuent sur le sort des enfants. Ce cas est analogue à celui où, en vertu de l'article 335 du Code pénal, le père est privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant. Cette prescription de la loi pénale ne pourrait rester inexécutée par la seule résistance du père, puisqu'elle est une conséquence nécessaire de sa condamnation; son exécution est aussi impérieuse que celle de la peine de l'emprisonnement elle-même, et le ministère public aurait le droit d'employer la contrainte par corps, puisqu'il est chargé de veiller à l'exécution de toutes les dispositions du jugement; pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque la même condamnation résulte d'un arrêt civil? Entourons ce droit de toutes les garanties possibles; disons que l'exécution sera accordée au ministère public seul; le procureur impérial agira avec circonspection. D'ailleurs ce moyen extrême sera autorisé par jugement et, en cas d'urgence, par une ordonnance du président

du tribunal; le plus souvent il ne sera employé que lorsque le récalcitrant aura été condamné d'abord à des dommages-intérêts et qu'il aura laissé écouler le dernier délai pour délivrer l'enfant. Il faut prévoir cependant le cas où il y aurait urgence, une requête présentée par le procureur impérial doit suffire.

Article 50. Sur la demande des père et mère ou de la famille, le tribunal pourra ultérieurement modifier les dispositions de son jugement relativement à la garde des enfants, si leur intérêt l'exige.

Article 51. Si l'un ou l'autre des époux refusait de confier les enfants à celui désigné par le jugement pour en avoir la garde, le tribunal pourra prononcer des dommages-intérêts et autoriser le ministère public à employer la voie de la contrainte par corps si, après le délai fixé, l'époux persistait dans son refus. Dans le cas où il y aurait urgence, le procureur impérial présenterait requête au président du tribunal, qui pourrait autoriser la contrainte par corps.

2° *Modifications de la puissance paternelle quant aux biens des enfants.*

L'article 386, au titre *De la puissance paternelle*, porte : « Cette jouissance (l'usufruit légal du père ou de la mère sur les biens de leurs enfants) n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé. » La doctrine et la jurisprudence ont refusé d'étendre cette disposition à la séparation de corps, parce que la loi est limitative. On ne saurait disconvenir toutefois que, dans bien des cas, les motifs sont les mêmes, puisque les délits qui donnaient lieu au divorce font prononcer la séparation de corps. Les conséquences de celles-ci ne sont-elles pas funestes aux enfants? S'il faut les arracher à la maison paternelle pour les livrer à des mains mercenaires, ne deviennent-ils pas en quelque sorte orphelins? L'absence de l'éducation de famille, si douce et si sainte, n'influera-t-elle pas sur toute leur existence? « Entre Dieu et « l'enfant, dit M. Paul Janet, le père est le premier intermédiaire « et l'instituteur sacré ou profane ne fait que travailler sur les « premières assises qu'a posées le père de famille. Quel sujet « de respect pour l'enfant, mais aussi quel sujet de terreur pour « le père si, au lieu d'accomplir son rôle d'initiateur moral, il « abandonne cette âme dont il est responsable soit à la tendre « partialité de la mère, soit à l'indifférence des étrangers, ou si,

« pour toute sagesse, il ne lui enseigne qu'un égoïsme glacé « ou rampant, ou si enfin, abaissant encore la dignité pater- « nelle, il se fait l'ouvrier de sa corruption ou le complice de « ses folies. » Faut-il parler de la défaveur que jettent sur les enfants les fautes de leurs parents? Malheur à la jeune fille dont le père et la mère sont séparés de corps! Elle sera frappée dans ses affections, dans son repos, comme si elle avait à courber la tête sous le poids d'un crime ou d'une tache héréditaire : ses talents, sa vertu, sa beauté, sa fortune même ne pourront faire oublier les scandales de sa famille. Ces scandales qui planent comme de sinistres nuages sur l'existence des enfants, il faut donc les prévenir; la privation de l'usufruit légal est un moyen. Cet usufruit est attaché à la puissance paternelle comme une indemnité des soins et des sacrifices qu'imposent aux parents l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens; s'ils ont été déclarés indignes de surveiller leur personne, pourquoi leur continuerait-on cette indemnité? Que ferez-vous, nous dit-on, de cet usufruit si la séparation est prononcée contre le père, le donnerez-vous à la mère? Non, puisque cette jouissance est un attribut de la puissance paternelle; non surtout, parce qu'il ne faut pas que le désir de s'enrichir par suite d'une déchéance prononcée contre son mari pousse la mère à réclamer la séparation de corps. Celui qui implore le secours de cette institution ne doit pas être soupçonné d'une pensée frauduleuse. La solution d'ailleurs est fort simple. Comme dans le cas de la déchéance prononcée en vertu de l'article 335 du Code pénal, nous déclarerons que l'usufruit se réunit à la propriété au profit des enfants. Les auteurs, dans ce cas, ont adopté cette solution parce qu'il était à craindre que la déchéance fût sans résultat, le mari percevant les revenus personnels de sa femme. Ici ce danger n'eût pas existé, puisque les époux vont être séparés de biens; mais puisque nous n'admettons pas la jouissance au profit de la mère, il faut consolider l'usufruit au profit des enfants.

« Vous faites aux enfants un déplorable titre d'acquisition, « s'écrie M. Demolombe; vous les mêlez, vous les engagez par « leur intérêt personnel dans les funestes dissensions auxquelles « il faut, au contraire, qu'ils demeurent étrangers. Enfin, vous « attribuez à la séparation un effet perpétuel et irréparable que « la loi n'a pas dû vouloir. L'usufruit légal une fois éteint ne

« pourrait plus certainement revivre par la réconciliation des « époux ; or il importe que les époux aient le moyen d'ef- « facer, s'ils le veulent, toutes les traces d'un passé qu'ils se- « raient disposés à oublier. »

Mais ne fait-on pas aussi un déplorable titre d'acquisition aux enfants lorsqu'on supprime l'usufruit légal, parce que leur père les corrompait ou bien lorsque leur mère a convolé à de secondes noces? Dans ce dernier cas, il n'y a qu'une présomption que la mère négligera ses enfants et fera servir leurs revenus à sa nouvelle famille, tandis qu'ici, comme dans le cas prévu par l'article 335 du Code pénal, il y a une sorte de délit qui porte nécessairement préjudice aux enfants. Quant à mêler ceux-ci aux discussions de leurs parents, c'est un argument sans fondement, car ils ne le sauront même pas. Un tiers aura l'administration de leurs biens et ils y seront complétement étrangers. Enfin, pourquoi l'usufruit légal ne revivrait-il pas par la réconciliation? Là où finiraient les hostilités, là où cesserait l'indifférence pour les enfants et le préjudice qui en est la suite, devrait cesser aussi la déchéance. Loin d'être contraire à une réconciliation, la déchéance de l'usufruit légal l'encouragerait, puisque les époux auraient l'espérance de le faire revivre. D'ailleurs, en réclamant cette pénalité contre l'époux qui a donné lieu à la séparation de corps, je ne prétends pas l'appliquer dans tous les cas; il faut laisser aux magistrats une faculté d'appréciation très-étendue. Les séparations temporaires, si elles étaient admises, n'auraient point pour effet d'entraîner cette déchéance, puisqu'on les considérerait comme un temps d'épreuve accordé pour calmer les discussions les moins graves et pendant lequel l'obligation seule d'habitation commune serait suspendue.

Le tiers auquel les enfants auront été confiés aura-t-il la gestion de leurs biens? En général la gestion des biens suivra la garde des enfants; les tribunaux ne prononceront la déchéance de l'usufruit que lorsqu'ils déclareront le père indigne de conserver ses enfants; mais dans certains cas le père pourrait conserver les biens tout en perdant le droit de garde; alors il doit aussi les administrer; mais lorsqu'il perd l'usufruit, il doit perdre aussi l'administration, quoique ce soit là une des attributions de sa puissance. Il importe de faire cesser la contradiction qui existerait dans la situation contraire; ne se con-

sidérerait-il pas comme injustement dépouillé et ne s'approprierait-il pas les revenus? La pénalité serait trop facilement éludée, sans compter que des conflits et des tiraillements de toutes sortes s'éleveraient entre le père et l'administrateur de la personne.

Quels seront les pouvoirs de cet administrateur étranger? La loi est muette sur l'administration du père : elle s'en est rapportée à sa tendresse ; mais contre l'administrateur étranger il faut prendre des précautions empruntées à la loi des tutelles. J'avais essayé d'un système mixte qui consistait à assembler le conseil de famille pour poser les bases de l'administration du gardien, dresser un état descriptif du mobilier, exprimer son avis sur l'opportunité de la vente, etc.; mais je me suis heurté contre des difficultés sans nombre. Ce sont là des demi-mesures que n'autorise pas la qualité d'étranger de l'administrateur, parce qu'elles lui livreraient sans défense les biens du mineur. Je cherche d'ailleurs en vain les motifs qui autoriseraient à l'assimiler au père; sous quelque face que l'on considère ce nouveau gérant, on lui trouve une ressemblance frappante avec le tuteur. Pourquoi ne pas lui donner les mêmes droits et lui imposer les mêmes obligations? C'est simplifier la loi que de s'en rapporter aux règles de la tutelle. Il n'y aura pas de subrogé tuteur, mais le père et la mère le remplacent moralement.

La mère sera écartée de l'administration, parce que, quelque indigne qu'ait été la conduite du mari, on ne peut lui ravir les prérogatives de la puissance paternelle pour les conférer à la femme : ce serait humilier le chef de famille trop profondément pour espérer jamais une réconciliation.

Lorsque la séparation sera prononcée contre la femme, les magistrats pourront aussi la déclarer déchue de l'usufruit légal pour le cas où le décès de son mari se réaliserait pendant la minorité des enfants, cette pénalité devant résulter du jugement de séparation.

Article 52. Le père pourra être privé par le jugement de séparation de corps de la jouissance des biens de ses enfants. La même déchéance pourra être prononcée contre la femme pour le cas où elle survivrait à son mari.

Article 53. L'administration de ces biens sera confiée à un tiers dont la gestion et la responsabilité seront réglées confor-

mément aux dispositions du Code Napoléon, livre V, titre 10, sections 8 et 9.

SECTION III.

Des effets de la séparation de corps relativement aux biens et à la capacité des époux.

1° *De la séparation de biens.*

Le jugement qui prononce la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens.

Une grave controverse s'est élevée sur le point de départ des effets de la séparation de biens; le jugement a-t-il un effet rétroactif au jour de la demande? On distingue entre les époux et entre les tiers. Je n'y entrerai pas, parce que la Cour de cassation l'a résolue en partie dans le sens que nous avons indiqué au chapitre *Des mesures conservatoires*. La séparation de biens remonte au jour de la demande quant aux effets qu'elle produit entre les époux (cassat., 20 mars 1855). Mais quant aux tiers, la solution ne peut être la même, parce que la demande n'a pas reçu de publicité et ne doit pas en recevoir, afin de ne pas diminuer les chances de réconciliation entre les époux.

Article 54. La séparation de corps emportera toujours séparation de biens.

Article 55. La séparation de biens remonte à l'ajournement quant à ses effets relativement aux époux. Elle n'est opposable aux tiers qu'à partir de la publication du jugement de séparation de corps, conformément à l'article 872 du Code de procédure.

La Cour de cassation a décidé que le défaut d'exécution de la séparation dans le délai exigé par l'article 1444 n'entraînait pas la nullité.

Cette solution est conforme à la nature des choses, car il n'y a pas de danger ici pour les tiers; ils n'auront que plus de temps pour assurer leurs droits. Mais y aurait-il lieu de fixer un délai dans lequel la liquidation devrait être faite à peine de nullité? Nous ne le pensons pas; l'intérêt de la femme est une garantie suffisante de son exécution. La loi, en déclarant que la séparation de corps emporte séparation de biens, fixe irrévocablement la situation respective des époux, de sorte qu'ils ne pour-

raient point par convention établir un régime différent et l'imposer aux tiers.

De même que les époux n'auraient pu stipuler dans leur contrat de mariage que la séparation de corps, dans le cas où ils seraient réduits à la demander, n'entraînerait pas séparation de biens, de même ils ne pourraient après le procès convenir du maintien des conventions matrimoniales; l'un et l'autre pourraient invoquer la nullité des actes consentis en vertu de semblables stipulations qui seraient contraires à l'ordre public. Et il est incontestable aussi que les créanciers ne sauraient souffrir de l'inaction de la femme si elle se produisait, et que les tribunaux leur permettraient d'exercer ses droits ou d'attaquer tous les actes frauduleux qu'elle consentirait.

La séparation de biens rétroagissant au jour de la demande, il faut en conclure que la femme pourrait avant le jugement accepter ou répudier la communauté; mais sa résolution suivrait les péripéties du procès en séparation de corps. Cette solution offre l'avantage de faciliter une liquidation par le jugement même de séparation de corps, lorsque les intérêts des époux n'offriront aucune complication.

Les tiers ne pourraient pas intervenir dans l'instance en séparation de corps; mais la voie de la tierce opposition leur est ouverte contre le chef du jugement qui porterait fixation des droits pécuniaires des époux. Suivant la Cour de cassation, ils ont un délai de trente ans quand il s'agit de la séparation de biens demandée principalement; les considérations que fait valoir la Cour suprême sont applicables ici.

Lorsque le jugement de séparation de corps n'a pas reçu de publicité, il serait injuste qu'on pût opposer aux tiers un acte de liquidation qui en a été la suite; dès qu'ils n'ont pu surveiller leurs droits, ils doivent avoir une action de trente ans à dater du jour où l'acte leur a été connu. Mais il est inutile de formuler en articles de loi des principes qui appartiennent au droit général; nous ne pouvons ainsi marquer toutes les déviations aux règles sur la séparation de biens.

Nous avons indiqué que la situation respective des époux relativement à l'administration des biens n'était pas changée pendant l'instance en séparation de corps. M. Massol valide cependant les actes d'administration faits par la femme sans l'autorisation de son mari, même lorsqu'ils concernent les biens

de la communauté. C'est, il me semble, porter atteinte au droit du mari et exposer les époux à des conflits regrettables; les droits de la femme sont protégés par les mesures conservatoires et par un recours contre son mari; dans le système de M. Massol, ces garanties deviendraient inutiles. C'est là une question d'ordre public, puisqu'elle intéresse la puissance maritale. Ou il faut déclarer que la séparation de biens rétroagit aussi quant aux actes d'administration, ou admettre nos conséquences; or il serait absurde de déclarer qu'il n'y a plus de chef dans la société conjugale, et que la femme peut administrer comme elle l'entend ses propres biens et devancer à la course son mari pour les actes qui concernent la communauté. Ce serait jeter entre les époux de nouveaux éléments de discorde.

Restitution de la dot. D'après l'article 1565, le mari jouit du délai d'une année pour la restitution de la dot qui consiste en une somme d'argent ou en meubles dont la propriété lui a été transférée; il doit jouir de ce terme quand la dot doit être restituée par suite de la séparation de corps. La garantie contre le péril de la dot n'est pas le but de la séparation de biens qui nous occupe; celle ci est accordée surtout à cause de la cessation de la vie commune. Il faut que le mari ait un délai suffisant pour se procurer les sommes dont il a fait emploi. « Si le mari, dit M. Massol, obtient un délai quand le mariage est dissous, à plus forte raison il mérite des ménagements lorsque le lien du mariage subsiste. » (P. 217.)

Si l'on reconnaît aux futurs époux le droit de stipuler dans le contrat de mariage un délai plus court pour la restitution de la dot, on devrait considérer cette clause comme non écrite si elle précisait l'éventualité d'une séparation de corps, parce que les époux ne doivent pas, dès le jour de leur union, entrevoir les scènes de désordre qui la troubleraient et spéculer sur le bénéfice qu'ils pourraient en retirer.

Une question vivement controversée est de savoir si les intérêts de la dot courent du jour de la demande en séparation ou de celui du jugement. Elle est trop connue pour que j'en reproduise les arguments. Mais à mon avis la loi nouvelle devrait faire courir les intérêts du jour de la demande, parce que le mari ne doit pas s'enrichir au détriment de celle dont il s'éloigne; il ne doit retenir sur les fruits de la dot que ceux

nécessaires aux charges du ménage pendant l'instance en séparation de corps.

Article 56. La restitution de la dot aura lieu conformément aux articles 1564 et 1565 du Code Napoléon. Les intérêts seront dus à la femme du jour de la demande en séparation de corps, sauf compensation de la somme qui représentera sa contribution aux charges du ménage.

Révocation des avantages matrimoniaux. Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, la séparation de corps entraînait, contre l'époux indigne, révocation des avantages qu'il avait reçus de la loi ou de son contingent. Il est inutile de retracer la lutte persévérante des Cours de l'empire depuis la promulgation du Code Napoléon, pour faire triompher le système de la révocation des donations par la séparation de corps. Enfin ce triomphe est presque complet, puisqu'il a entraîné un changement mémorable de jurisprudence, en 1845, au sein de la Cour suprême, « noble retour d'une magistrature si haut placée « qu'elle ne craint pas de reconnaître ses erreurs. » Qu'importe une question de doctrine, puisque c'est une question d'amélioration que nous traitons? Aussi sur ce point ne rencontrerons-nous pas de contradicteurs. Mais faut-il admettre la révocation de plein droit ou retourner à l'ancienne jurisprudence des Parlements sur la faculté de la prononcer ou de la rejeter? Ce dernier système ne serait pas assez rigoureux; nous l'avons adopté pour l'usufruit légal qui constitue un des attributs de la puissance paternelle, et qu'il ne faut pas trop facilement briser parce que les torts de l'époux, quoiqu'ils portent un préjudice réel aux enfants, n'ont pas été commis directement envers eux; la révocation des donations est le châtiment d'un tort direct, d'une offense personnelle, sauf le cas d'une condamnation. Même ici, ne peut-on pas dire avec raison que le condamné aurait dû prévoir les conséquences de son crime? Qui pourrait méconnaître que la femme participe aux honneurs et à l'abaissement de son époux? que les enfants recueillent un héritage d'illustration ou qu'ils sont voués à une sorte de malédiction par le crime de leur père? La crainte de perdre les avantages nuptiaux sera donc un frein salutaire d'autant plus puissant qu'une condamnation correctionnelle pourra dans certains cas entraîner la séparation de corps.

La révocation ne peut atteindre les donations faites aux

époux par des tiers, parce qu'elle frapperait inutilement les enfants.

La révocation des donations étant la conséquence forcée de la séparation de corps, l'époux donateur n'en conserve pas moins la faculté de ne pas recourir à ce remède suprême, mais d'intenter simplement une action principale en révocation, si son conjoint ne peut lui opposer des faits de réconciliation. Je ne saurais admettre sur ce point la doctrine de M. Troplong. Les donations entre époux étant révocables pour cause d'ingratitude, l'action en révocation les régit; obliger le donateur victime de l'infidélité de son conjoint à demander la séparation de corps, c'est multiplier les demandes de cette nature.

L'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve les avantages à lui faits par l'autre époux; il les conserve avec leurs effets, révocables s'ils ont été consentis depuis le mariage, et irrévocables s'ils l'ont été avant. Certains auteurs ont commis une erreur grave en donnant à l'expression de l'article 300, *conserve au demandeur*, une portée que le législateur n'a jamais eu dans la pensée, c'est-à-dire d'attribuer par le fait de la séparation le bénéfice de l'irrévocabilité à des donations qui n'avaient pas ce caractère; il ne faut pas que l'époux demandeur trouve trop d'avantage à obtenir la séparation!

La révocation de plein droit doit-elle s'étendre aux dispositions testamentaires? La Cour de cassation l'a jugé par son arrêt du 5 décembre 1849. La jurisprudence ne nous fournit pas d'autre élément, et la doctrine est presque muette sur ce point important. On pourrait, à la rigueur, trouver dans ce silence une preuve historique contre le système de la Cour de cassation, et, en effet, il est naturel de ne pas recourir à la loi pour révoquer des dispositions qu'on peut si facilement anéantir, même à l'insu du conjoint en faveur duquel elles étaient faites.

Cependant, par une savante dissertation, M. l'avocat général Nicias Gaillard avait préparé l'arrêt de la Cour suprême en recherchant l'origine du droit de révocation dans les lois romaines et le suivant à travers les siècles dans notre droit écrit. Je ne suivrai pas l'éminent magistrat dans le champ historique, les limites de ce travail me l'interdisant, mais qu'il me soit permis de trouver trop absolue son affirmation qu'on ne saurait se préoccuper du droit coutumier parce que les dispositions testamentaires entre époux y étaient interdites; car

il serait bien rigoureux de ne pas tenir compte de certaines coutumes. D'ailleurs les donations entre-vifs n'étaient pas révoquées de plein droit, pourquoi eût-on été plus sévère pour les testaments? C'est là, dira-t-on, une différence entre les pays coutumiers et ceux de droit écrit qui s'explique par les souvenirs du droit romain. Sans doute, dans ce droit, le divorce entraînait dans la plupart des cas la révocation des donations, mais ce n'était pas là une règle absolue. (V. la loi 1, D., *De cura.* — Troplong, p. 367, *Donat. et test.*, t. IV.)

Mais j'ai hâte d'arriver au droit intermédiaire. La loi du 20 septembre 1792, qui déclarait éteints et sans effet dans tous les cas de divorce les avantages matrimoniaux, en fait une longue énumération (art. 6) sans mentionner les dispositions de dernière volonté. Il faut en conclure qu'elles ont été exceptées de la révocation. Elle supprimait cette usurpation que faisait l'ancienne jurisprudence des droits du testateur, en révoquant malgré lui des dispositions qu'il pouvait anéantir. Elle réservait l'application de cette pénalité à celui qui, seul, connaissait l'existence du testament et devait être l'arbitre de son maintien ou de sa lacération.

M. Nicias Gaillard ne veut pas que la pensée de réprimer l'ingratitude ait été entrevue par le législateur de 1792. Ce n'était pas une révocation que prononçait la loi, c'était une résolution, une extinction dérivant de la rupture du mariage, comme l'effet de sa cause. Ce reproche est injuste; je ne prétends pas justifier la loi de 1792 des erreurs déplorables qu'elle sanctionnait, telles que le divorce pour démence, absence, émigration, etc., mais je prétends qu'à côté de la résolution des avantages matrimoniaux posée en principe, la loi avait placé le châtiment contre l'ingratitude; l'article 7 était ainsi conçu : « Dans tous les cas de divorce pour l'un des motifs dé-
« terminés, énoncés dans l'article 4 du § 1 ci-dessus, celui qui
« aura obtenu le divorce sera indemnisé de la perte des effets du
« mariage dissous et de ses gains de survie, dons et avantages,
« par une pension viagère sur les biens de l'un et de l'autre
« époux, laquelle sera réglée par des arbitres de famille et
« courra du jour de la prononciation du divorce. »

Les législateurs de 1803 ont interprété cette loi dans le sens que j'indique et avaient proposé des dispositions semblables. (Locré, t. V.)

M. Nicias Gaillard ajoute que l'exception que l'on veut faire en faveur des dispositions de dernière volonté, ne peut reposer sur la puissance qu'a le testateur de les révoquer, puisque la révocation de plein droit s'étend aussi aux donations faites pendant le mariage et pour lesquelles le donateur a la même puissance.

On ne peut nier toutefois les différences qui distinguent le testament des donations. La donation n'a pu se faire que par un acte solennel; elle est soumise à une acceptation expresse de la part du donataire; les parties sont donc liées par un contrat. Le repentir du donateur n'aura de valeur que s'il se manifeste par une déclaration de changement de volonté; la révocation ne peut être faite que par acte notarié. La loi a laissé au contraire au testateur la plus grande liberté pour ses dispositions. Lorsque le testateur a manifesté sa volonté par un testament olographe, pourrait-on substituer à cette volonté la sévérité inflexible de la loi? Est-on sûr qu'il n'a pas pardonné à son conjoint? que le souvenir des jours heureux et son affection n'ont pas triomphé de l'irritation qui a suivi la séparation?

« Il y a de plus, dit M. Nicias Gaillard, dans l'initiative que « prend ici la loi, une vue très-juste et un soin charitable « de l'une de nos plus grandes faiblesses : je veux parler de « l'oubli qui émousse et finit par effacer nos impressions même « les plus vives, et de cette tendance à toujours remettre au « lendemain, qui est cause que presque toujours la mort nous « surprend. » Il est difficile d'établir une présomption de droit sur une considération morale qui est combattue par l'expérience de chaque jour. Quelque grande que soit l'autorité des Grotius et des Barbeyrac qu'invoque l'éminent magistrat, il est impossible de méconnaître que l'oubli d'un testament ne soit qu'une rare exception. Faire un testament est un événement qui marque dans la vie. Si la jeune femme l'a fait dans les premiers jours de son mariage, ses souvenirs seront d'autant plus précis que la douleur qui l'accablera plus tard lui fera faire un retour sur le bonheur perdu; si elle ne l'anéantit pas, c'est qu'elle pardonne Les obsessions des collatéraux tourmenteront assez souvent l'épouse abandonnée, soyez-en sûr, pour que l'oubli ne puisse venir; ils ranimeront les griefs du mari pour empêcher qu'il ne reprenne rang dans son cœur et dans son testa-

ment. Autant les personnes qui ont des enfants pensent peu à disposer de leurs biens, autant celles qui n'en ont pas sont préoccupées de se choisir un héritier. On peut bien se faire illusion sur l'avenir, lorsqu'il s'agit de faire un testament, parce qu'on croit toujours la mort lointaine et qu'on en écarte la pensée, mais la prescription de la loi ne saurait être l'oubli lorsque pour punir un ingrat on n'a qu'à jeter un papier au feu.

La séparation, on paraît l'oublier ici, ne dissout pas le mariage, et laisse dans toute sa force le devoir d'assistance. Si le testateur, quoiqu'il n'ait pas voulu de réconciliation, a cru accomplir un devoir en léguant son bien à un conjoint dans la détresse, pourquoi violerait-on sa volonté? L'erreur de la loi serait ici de pénétrer dans la conscience de l'offensé, non pour en connaître les secrets, mais pour y enraciner un sentiment détestable, celui de la haine, sans tenir compte du pardon, de l'incessante charité et de la pitié, cette consolation de tous ceux qui souffrent.

L'intervention de la loi est inutile; il ne s'agit pas d'armer le testateur, puisqu'il peut se défendre contre l'ingratitude. Pénétrer dans l'asile de la conscience, c'est violer la liberté de l'homme dans l'un des actes les plus essentiels de sa vie; savez-vous, d'ailleurs, si la menace d'une nouvelle disposition ne ramènera pas l'infidèle!

La Cour de Pau a jugé, le 8 août 1853, que le donateur reprenait les biens qui faisaient l'objet de la donation révoquée par suite de la séparation de corps, libres de toutes charges créées par le donataire, la révocation ayant au fond pour cause l'inexécution des conditions virtuelles de la libéralité. Cette doctrine me paraît contraire à l'économie générale des donations et à la pensée qui a dicté la révocation des libéralités contre l'époux qui succombe dans l'instance en séparation de corps.

Les articles 954 et 956 du Code Napoléon ont prévu l'inexécution des conditions exprimées dans les actes de donation; c'est le mauvais vouloir du donataire à accomplir un fait positif que la loi a voulu punir; il ne pouvait disposer des biens comme lui appartenant qu'après s'être conformé aux prescriptions d'un contrat synallagmatique; les biens sont censés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur. Au contraire, la loi ne pouvait prévoir l'ingratitude du donataire que comme

un fait exceptionnel qui se produisait, non pas le lendemain même de la donation, mais peut-être bien des années après. En conséquence les aliénations à titre gratuit ou onéreux, consenties par le donataire, devaient être maintenues dans ce cas. C'est là sans doute le motif qui a amené le législateur à déclarer d'une manière expresse, dans l'article 958, que la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie ni aux aliénations ni aux hypothèques ou autres charges réelles. Dans le cas où la donation contient des conditions, les tiers peuvent s'assurer d'une exécution qui, seule, peut rendre le donateur propriétaire incommutable; comment leur droit pourrait-il souffrir des actes délictueux commis par le donataire? — Il faut vouloir torturer les faits et les expressions de la loi pour déclarer, comme le fait l'arrêt de 1853, « qu'il serait plus rationnel d'assimiler le « cas de séparation de corps au cas de l'inexécution des con- « ditions de la donation; qu'on ne peut douter, en effet, que « les actes qui rendent la séparation nécessaire, tels que les « sévices, les injures graves, ne soient la violation la plus ma- « nifeste des conditions virtuelles d'une donation faite en vue « d'une union indissoluble fondée sur l'affection, les égards « réciproques et la communauté d'intérêts que la séparation de « corps fait cesser. »

La transgression des devoirs de fidélité, d'assistance, d'affection peut exister indépendamment des donations; elle ne sera pas moins grave au point de vue moral et social; la donation ne fait qu'aggraver l'offense vis-à-vis de celui qui avait d'autant plus de droits à l'affection de son conjoint qu'il avait voulu se l'attacher par les liens indissolubles de la loi conjugale, mais encore par celle de la reconnaissance; la séparation de corps est prononcée pour la violation des devoirs conjugaux, qu'il existe ou non une libéralité, si celle-ci existe, l'ingratitude du conjoint doit être punie par la révocation. C'est cette pensée qu'exprimait le rapporteur de la loi sur le divorce : « Il s'est placé au rang des ingrats, il sera traité comme eux. » Si l'on voulait pousser plus loin la démonstration on pourrait rapprocher le texte de l'article 957, qui prévoit les diverses causes d'ingratitude, des causes de la séparation de corps, on les retrouverait presque identiques.

Les biens qui faisaient l'objet de la donation doivent donc rentrer en la possession du donateur tels qu'ils se trouvent au

moment de la séparation de corps. Toutefois il faut, dans l'intérêt des tiers, lui imposer l'obligation de faire inscrire une copie de la requête en séparation de corps en marge de la transcription prescrite par l'article 939 du Code Napoléon, et à partir de cette époque toute aliénation serait considérée comme frauduleuse.

Article 57. L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, excepté ceux contenus dans des actes testamentaires.

L'autre époux conservera avec leur caractère primitif les avantages qui lui ont été faits, à moins que la séparation n'ait été prononcée aussi contre lui.

Article 58. L'époux donateur pourra néanmoins intenter une action principale en révocation sans avoir recours à la séparation de corps; mais lorsque la révocation est la suite de la séparation, l'article 958 du Code Napoléon est applicable si le donateur a fait inscrire en marge de la transcription prescrite par l'article 959 un extrait de la requête en séparation de corps.

Du préciput. Il résulte de l'article 1518 que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd tout droit au préciput, car il aurait été inutile d'avertir que le préciput était réservé à celui qui avait obtenu la séparation de corps, si l'autre devait également en profiter. Mais la rédaction de cet article n'est pas seulement défectueuse sur ce point; il paraît en résulter, en effet, que *dans tous les cas* où la femme a droit au préciput et obtient la séparation, le mari conserve provisoirement les valeurs qui en font l'objet, à la charge de donner caution. C'est là une erreur que les législateurs n'ont pu vouloir commettre; ils ont prévu seulement le cas où la femme renonçante à la communauté aurait droit au préciput. Lorsque la femme accepte, Pothier nous indique que le partage se fait sans tenir compte du préciput, mais que ses héritiers doivent le payer sur sa succession. Mais lorsqu'elle renonce, comme la condition de survie peut ne pas se réaliser, il serait injuste d'une part de dépouiller le mari d'une valeur qui ne sera exigible qu'à son décès ou ne le sera peut-être jamais, et d'autre part, comme la renonciation indique une situation embarrasée, une caution est nécessaire pour sauvegarder le droit éventuel de la femme; tandis que dans le premier cas l'accep-

tation indique que la communauté est prospère et que la femme n'a pas besoin d'une garantie spéciale. C'est en ce sens qu'il faut rectifier l'article 1518 du Code Napoléon.

La caution sera d'ailleurs inutile lorsque le préciput reposera sur les immeubles, l'hypothèque légale étant une garantie suffisante.

La jurisprudence a validé la clause par laquelle les futurs époux déclareraient dans leur contrat de mariage que la séparation de corps donnerait ouverture au préciput. Nous réprouvons toutes clauses de ce genre, parce qu'il n'appartient qu'à la loi de prévoir l'immoralité des époux; ceux-ci ne sauraient s'affranchir à l'avance des peines prononcées par la loi, ni se soumettre à des peines qu'elle n'a pas établies. La section de législation du tribunat avait présenté un projet remplacé depuis par l'article 299 où ces stipulations étaient prohibées. « Ces « stipulations, était-il dit, sont indécentes et immorales, et « d'après cette addition, elles disparaîtront, parce qu'elles se- « raient sans objet. »

L'époux au profit duquel la déchéance est prononcée peut renoncer à s'en prévaloir; sa renonciation ne pourrait être attaquée par ses héritiers comme portant atteinte à un droit acquis en leur faveur. (Req. 12 fév. 1849.)

La séparation de corps n'éteint pas le droit de successibilité qui existe entre les conjoints; il ne faut pas briser les derniers liens qui les rattachent l'un à l'autre et les forcer à se considérer comme étrangers. La faculté de disposer leur permet d'ailleurs de rendre ce droit illusoire.

La séparation ne doit pas éteindre le droit de survie accordé à la femme pour faire face aux frais que nécessite le deuil. La décence publique exige qu'elle rende ce dernier hommage à la mémoire de son mari. Le ressentiment, s'il existe encore, doit s'arrêter devant la mort; supprimer ce droit serait encourager de mauvais sentiments.

Mais il n'y a pas lieu d'accorder à la femme qui a contracté sous le régime dotal une habitation aux dépens de la succession de son mari pendant l'année de deuil. C'est une pieuse considération qui a fait établir ce droit : il serait cruel pour la femme de sortir de la maison conjugale avant que le corps du défunt en eût été retiré et de céder aux réclamations des collatéraux; il lui serait pénible d'ailleurs d'imposer silence à sa

douleur pour chercher une autre demeure; le même motif n'existe plus lorsque les époux sont séparés, la dot est restituée et la femme a un domicile qui la dispense de toutes démarches pénibles.

Article 59. Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput. L'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée perd ses droits au préciput; la délivrance n'a lieu qu'à la dissolution du mariage. Lorque la femme a droit au préciput, malgré sa renonciation à la communauté, la somme ou la chose qui le constitue reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution. P. BERNARD.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

LA LOI SUR LA POLICE DE LA CHASSE ET L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

Par M. Arthur DESJARDINS, docteur en droit, substitut à Toulon.

Il semble, au premier aspect, que les prescriptions sur la police de la chasse doivent être, par leur objet même et par leur simplicité naturelle, à l'abri des vives controverses. Il arrive cependant que les plus hautes questions de droit public se trouvent parfois engagées dans un débat de cette nature. Cette réflexion s'applique surtout au cas où la question de l'inviolabilité du domicile est mise en jeu. La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable, dit l'article 76 de la Constitution de l'an VIII : la demeure de toute personne habitant le territoire français est inviolable, répète l'article 3 de la dernière constitution républicaine. Ces constitutions sont tombées, mais le principe de l'inviolabilité du domicile, qui leur est antérieur et supérieur, reste debout. Néanmoins il n'est pas en législation de principe absolu : le droit de propriété, l'égalité civile, la liberté civile n'existent dans nos Codes qu'avec de sages tempéraments. Qu'est-ce que le domicile lui-même, et jusqu'où se prolonge-t-il? Dans quelle mesure l'inobservation des lois sur le domicile peut-elle para-

lyser l'action de la justice répressive? Ces questions ont été récemment soulevées devant plusieurs tribunaux par l'application de la loi sur la police de la chasse.

I.

L'article 9 de la loi du 3 mai 1844 reconnaît trois modes de chasse : 1° la chasse à tir; 2° la chasse à courre; 3° la chasse avec des furets et des bourses destinés à prendre le lapin, et prohibe formellement les autres modes. L'article 12 édicte une peine contre ceux qui auront chassé à l'aide d'engins prohibés (§ 2), contre les détenteurs de ces engins (§ 3), contre ceux qui auront chassé avec appeaux, appelants ou chanterelles (§ 6). Cette distinction est fort ancienne. Philippe le Long, dans une ordonnance de 1318, oppose la chasse avec engins, qu'il défend aux roturiers, avec la chasse « à chiens, à oiseaux et à bâtons, » qu'il leur permet. La distinction semble ensuite étouffée sous la rigueur des prohibitions; mais elle reparaît dans l'article 12 du titre 30 de l'ordonnance d'août 1669 sur les eaux et forêts. La loi du 30 avril 1790, qui réagit contre l'inique et barbare législation de l'ancien régime, se tait sur ce point : conçue dans un esprit excessif et favorisant les chasseurs outre mesure, cette loi provoqua elle-même une vive réaction en 1844. Mais déjà l'on avait senti le besoin d'appliquer d'autres prescriptions aux forêts de l'État : le règlement du 20 août 1814 n'y reconnaissait que deux moyens de chasse, la chasse à tir et la chasse à courre, et prohibait formellement les autres modes.

On sait que deux projets de lois furent successivement présentés aux chambres, le premier en 1843, le second en 1844. Le premier projet consacrait cette pensée que la chasse proprement dite ne se pratique que de deux manières, avec les fusils ou avec les chiens, à tir ou à courre. Le gouvernement avait même demandé le renvoi à un règlement d'administration publique pour la désignation des engins prohibés; mais la chambre des pairs crut qu'une pareille nomenclature était impossible, et qu'il valait mieux procéder dans la loi même par voie d'interdiction [1].

Cependant devait-on soumettre la chasse des oiseaux de

[1] V. le premier rapport de M. Franck-Carré à la Chambre des pairs (séance du 16 mai 1843).

passage aux prohibitions nouvelles? « Quelques-uns de nos « départements, disait le premier exposé des motifs, sont fa- « vorisés, à certaines époques de l'année, d'un passage consi- « dérable d'oiseaux étrangers au pays. Ces oiseaux ne tra- « versent nos contrées que pendant un mois ou quelques « semaines. Durant leur courte apparition, les habitants les « prennent au moyen de filets ou d'autres procédés connus dans « les localités. Il serait impolitique et injuste de ne pas avoir « égard à des habitudes, à des usages qui existent depuis long- « temps. » Le gouvernement et les chambres persistèrent dans cette opinion l'année suivante. Aussi les préfets furent-ils autorisés à prendre, de l'avis des conseils généraux, des arrêtés pour déterminer les modes et procédés de la chasse aux oiseaux de passage. La seconde commission de la chambre des députés s'était bien demandé[1] si les préfets pourraient, dans des arrêtés, déroger aux dispositions prohibitives de l'article 12, et particulièrement à celle qui défendait la chasse avec appeaux, appelants ou chanterelles, mais la question fut résolue affirmativement. Une seule exception fut introduite en faveur de la caille. « L'usage pratiqué par les habitants du midi de « prendre les cailles avec des filets, à l'époque où elles arrivent « dans nos contrées méridionales après avoir traversé la mer, « disait le second exposé des motifs, les a fait disparaître « presque entièrement de la plupart de nos provinces. C'est « pour faire droit à une réclamation qui a paru légitime qu'on « a excepté les cailles de la disposition relative aux autres « oiseaux de passage. »

La loi du 3 mai 1844 a-t-elle entendu punir la détention, dans une propriété close, d'appeaux de cailles sur toute l'étendue du territoire et d'appeaux en général dans les départements où les préfets n'ont pas autorisé par des arrêtés spéciaux, pour les oiseaux de passage, les modes de chasse interdits par l'article 12 de cette loi? La question est complexe et délicate.

A. La loi du 3 mai 1844 heurtait à ce point certaines habitudes locales que, malgré son texte formel, plusieurs tribunaux, et notamment ceux de Moulins, de Saint-Étienne et de Bourges, plusieurs Cours, et notamment celles d'Angers, de Grenoble et

[1] V. le second rapport de M. Lepoble à la Chambre des députés (séance du 13 avril 1844).

de Riom, n'hésitèrent pas à déclarer licites, sauf arrêté préfectoral contraire, la chasse et la capture des oiseaux de passage par l'emploi de filets ou d'oiseaux appelants. Cette doctrine, déjà contredite par deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (27 février et 30 mai 1845), fut solennellement et définitivement condamnée par les chambres réunies de cette Cour, sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général Pascalis (25 mars 1846). D'après cet arrêt, il ne peut être dérogé à la prohibition que lorsque les préfets usent du pouvoir de fixer les modes et procédés de la chasse aux oiseaux de passage autres que la caille. M. Morin qui, dans son *Répertoire de droit criminel* (v° *Chasse*, § 20), semble le désapprouver, parce que les petits oiseaux peuvent être nuisibles à l'agriculture, fait évidemment la critique de la loi plutôt que de la jurisprudence. Aussi la Cour suprême, malgré quelques décisions contraires des tribunaux inférieurs, n'a-t-elle jamais varié (2 oct. 1846, 23 avril 1847).

B. Mais la question devient déjà moins facile à résoudre quand elle se complique d'un autre élément. Le propriétaire qui chasse dans *un terrain clos*, s'il emploie des engins prohibés ou des appeaux, commet-il un délit? Ne nous préoccupons pas encore des moyens de constatation, mais du fait lui-même et du fait seul. Pourquoi créer une exception nouvelle? Il est vrai que la loi autorise le propriétaire à chasser sans permis dans un terrain clos attenant à une habitation; mais la loi ne va pas plus loin. Nul permis ne saurait lui conférer la faculté de déroger aux dispositions prohibitives des articles 9 et 12, conçues dans une pensée générale et dans un intérêt d'ordre public. Quand la loi dit : « Tous autres moyens de chasse sont « formellement prohibés, » elle n'a pas envisagé la chasse à domicile d'une manière exceptionnelle et favorable : son interdiction est absolue, sans restriction ni distinction. C'est donc à tort que la Cour de Besançon avait considéré le droit du propriétaire comme n'étant soumis, dans l'espèce, à aucune condition ni réserve. Cette doctrine a été justement repoussée par la Cour suprême (26 avril 1845).

C. Mais la loi du 3 mai 1844, après avoir puni la chasse avec engins prohibés, punit aussi la simple détention de ces engins : elle ne prohibe expressément que la chasse avec appeaux ou appelants; leur simple détention doit-elle être égale-

ment prohibée? La solution n'est pas douteuse. En effet, s'il existe un paragraphe spécial pour ce mode de chasse, c'est qu'il a été introduit après coup et seulement dans le second projet de loi « Dans la nomenclature établie par l'article 12, « disait M. Franck-Carré [1], nous avons pensé d'abord qu'il « serait utile de comprendre plus explicitement un procédé de « braconnage que facilite souvent la chasse à tir, et qui, sous « ce rapport, pouvant être considéré comme un mode d'exer- « cice de cette chasse licite, se trouverait ainsi indirectement « permis, si la loi ne s'en expliquait clairement : nous voulons « parler des appeaux, des appelants et des chanterelles. » Le législateur a donc simplement voulu s'expliquer avec plus de clarté; mais il n'a jamais entendu distinguer les appeaux des engins prohibés : l'assimilation est absolue et complète. Où trouver en effet le prétexte d'une distinction? C'est donc avec raison que la solution affirmative a été adoptée le 9 mai 1859 par la Cour impériale d'Orléans, confirmant un jugement du tribunal de cette ville en date du 16 avril 1859.

D. Mais comment le délit pourra-t-il être constaté dans une propriété close? L'article 22 de la loi du 3 mai 1844 commet, à l'effet de poursuivre et de constater les délits de chasse, les maires et adjoints, les commissaires de police, les officiers de gendarmerie, gendarmes, gardes forestiers, garde-pêches, gardes champêtres ou gardes assermentés des particuliers. Ces divers officiers de police judiciaire pourront-ils constater soit le fait de chasse avec engins ou appeaux, soit leur simple détention dans une propriété close, quand ils peuvent apercevoir, de l'extérieur, le fait illicite? Cette fois encore, la solution affirmative ne nous paraît pas douteuse. La jurisprudence reconnaissant le délit, il est indispensable d'admettre au moins ce moyen de le constater. Aucune objection ne saurait être élevée contre la validité du procès-verbal qu'aurait dressé, par exemple, un garde champêtre qui voit de l'extérieur dans l'enclos. Ainsi l'ont très-bien jugé la Cour impériale de Limoges, le 5 mars 1857, et le tribunal de Lyon, le 16 décembre 1858 [2].

E. Mais le gendarme ou le garde champêtre a pénétré dans

[1] Second rapport à la Chambre des pairs (séance du 23 mars 1844).

[2] *Journal du droit criminel*, n° 6764. On a peine à comprendre pourquoi le tribunal de Lyon est revenu sur cette jurisprudence par un jugement du 28 novembre 1859.

une propriété close : ce procès-verbal est déféré à la juridiction répressive. Son irrégularité doit-elle entraîner la nullité de la poursuite ?

En effet, dans notre législation criminelle, le droit d'opérer une visite domiciliaire n'appartient, en principe, qu'au magistrat inamovible chargé de l'instruction : l'article 16 du Code d'instruction criminelle défend aux gardes champêtres et aux gardes forestiers de s'introduire dans une propriété close, si ce n'est en présence du juge de paix, du commissaire de police ou du maire ; l'article 36, posant une règle générale, n'attribue ce droit au procureur impérial et à ses auxiliaires qu'en cas de flagrant délit. Or le flagrant délit ne peut conférer ce droit extraordinaire au procureur impérial et à ses auxiliaires que sur la réquisition d'un chef de maison, ou sans réquisition si le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante.

Ainsi donc le procès-verbal est irrégulier : les poursuites qu'il entraîne vont-elles être annulées? Aucun texte ne l'exige. Néanmoins la jurisprudence, avec une haute raison, n'hésite pas à prononcer cette nullité quand l'officier de police judiciaire, pour constater le délit, a commis une violation de domicile, c'est-à-dire s'est introduit dans une propriété close contre le gré d'un citoyen. M. F. Hélie a, d'un mot, parfaitement caractérisé cette jurisprudence : « Il serait étrange que le citoyen « qui aurait été victime du délit pût être poursuivi et condamné « à raison d'un fait constaté par le moyen de ce délit. »

Mais nous supposons que l'officier de police judiciaire ne s'est pas introduit dans le domicile contre le gré du propriétaire. Précisons bien la difficulté. Les formes prescrites par le Code d'instruction criminelle ne sont pas observées : cette visite a été faite par un officier de gendarmerie ou un gendarme quand elle devait être faite par le juge d'instruction; ou par un garde champêtre, mais non assisté du maire, du juge de paix ou du commissaire de police. La poursuite est-elle entachée de nullité? Remarquons-le bien : d'une part, cette nullité n'est prononcée par aucun texte, et l'interprétation ne peut généralement rien suppléer en cette matière; d'autre part, il pouvait être fait opposition à l'introduction irrégulière des officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur impérial. Dès que le propriétaire lui-même consent à cette introduction et à ces recherches, elles ne sauraient être rejetées comme constituant

soit une violence, soit un abus d'autorité. L'inviolabilité du domicile, objecte M. Mangin [1], est un droit précieux que les citoyens ne sauraient aliéner. Et pourquoi ne pas leur laisser la faculté de répudier ce droit à leur guise? L'ordre public et la morale ne seront pas bien dangereusement ébranlés parce que le commissaire de police n'aura pas assisté le garde champêtre dans une perquisition domiciliaire. Voici un acte conforme à l'intérêt social et parfaitement régularisé par l'intervention du propriétaire. Ainsi l'a jugé la Cour de cassation le 1er février 1822 et le 12 juin 1829. M. F. Hélie adopte à peu près cet avis; il demande seulement la constatation du consentement par écrit dans le procès-verbal. La Cour suprême n'exige pas cette condition, et avec raison. D'une part, la loi ne prescrit pas ce moyen de preuve à peine de nullité; d'autre part, on n'aperçoit pas la raison logique de cette distinction. Les tribunaux apprécieront si l'officier de police judiciaire s'est introduit ou non dans le domicile du citoyen contre son gré. Si cet officier n'a pas commis une violation de domicile, ils maintiendront le procès-verbal, et l'affaire suivra son cours. La Cour de Besançon, il est vrai, s'est mise, le 3 juillet 1857, en contradiction formelle avec cette jurisprudence; elle a jugé que le procès-verbal fait en pareille matière pour arriver à la saisie d'engins prohibés par des gendarmes, agents sans qualité pour procéder à une visite domiciliaire, ne pouvait pas servir de base à une condamnation. Comme le ministère public offrait de faire entendre en témoignage les gendarmes rédacteurs du procès-verbal, elle déclara que la preuve offerte, devant porter sur des faits dont ceux-ci auraient obtenu la connaissance en pénétrant illégalement dans le domicile du prévenu, et leurs déclarations orales, ne pouvaient avoir plus de force que le procès-verbal lui-même; qu'il n'y avait donc pas lieu d'ordonner leur audition. Mais cette doctrine a été définitivement condamnée par un arrêt de la Cour suprême du 17 juillet 1858. Cet arrêt déclare en effet, de la façon la plus expresse, « que le « consentement du propriétaire à une visite faite dans sa maison « par des gardes opérant en vertu de l'article 161 du Code « forestier, suffit pour couvrir l'irrégularité provenant de ce « qu'ils ne se seraient pas fait assister par le maire; qu'en effet,

[1] *Traité des procès-verbaux*, n° 16.

« la présence d'un magistrat de l'ordre administratif ou judi-
« ciaire n'a pour objet que de donner une protection au citoyen
« et d'assurer le respect dû à l'inviolabilité du domicile, sans
« être une condition de la régularité du procès-verbal et sans
« que la loi attache à son omission la peine de nullité; que le
« particulier chez qui se fait l'opération renonce donc valable-
« ment à une garantie établie dans son seul intérêt, et que,
« quand cette renonciation existe, il reste un procès-verbal
« émané de préposés agissant dans l'exercice de leurs fonc-
« tions, et là où ils avaient mission d'opérer, auquel procès-
« verbal foi est due dans les termes de la loi. » Cette jurispru-dence nous paraît seule concilier l'intérêt public et l'intérêt privé, les droits du citoyen et les droits de la société, le respect du domicile et la nécessité sociale de la répression.

II.

Mais la jurisprudence de la Cour impériale de Besançon devient encore, à notre avis, plus directement contraire à l'esprit de la loi du 3 mai 1844, lorsqu'on prolonge indéfiniment le domicile des citoyens, par exemple lorsqu'on assimile à une clôture, comme l'ont fait quelques tribunaux du midi, des pieux en bois placés de distance en distance et reliés entre eux par des fils de fer. C'est effacer d'un trait de plume toutes les dispositions de la loi de 1844, et spécialement c'est autoriser presque tous les chasseurs à se passer de permis. La Cour impériale de Rouen, le 24 novembre 1859; le tribunal de Toulon, le 17 novembre 1860, ont décidé que les pieux reliés par un fil de fer ne constituent pas une clôture suffisante; mais ces décisions n'ont été rendues qu'après de sérieux débats, où l'opinion contraire a été soutenue avec une grande vivacité. Nous nous proposons de défendre cette jurisprudence.

Le mot *clôture* vient du verbe latin *claudere* qui veut dire enfermer. Le sens de ce mot est très-clair dans la langue ordinaire, et conforme à son étymologie. Mais le sens des mots s'altère quelquefois dans la langue des jurisconsultes. En est-il ainsi dans notre espèce? M. Morin, dans son *Répertoire du droit criminel*, définit purement et simplement la clôture « enceinte de murs ou haies. » Les articles 390, 391 et 393 du Code pénal parlent d'enclos et de clôture. Il faudrait donc considérer le voleur qui se serait introduit sans effort dans un

champ attenant à une habitation et entouré de quelques pieux reliés par un fil de fer, comme ayant commis un vol dans une maison habitée, et quelquefois avec les circonstances aggravantes d'escalade et d'effraction! Le Code rural (titre 2, art. 17) défendait sous certaines peines de *dégrader* les clôtures. Ce mot *dégrader* ne peut pas même s'appliquer aux fils de fer. L'article 456 du Code pénal, qui prévoit le délit de destruction de clôtures, ajoute : *de quelques matériaux qu'elles soient faites.* Or il est impossible de considérer les fils de fer comme des matériaux. Enfin l'article 475-8° du Code pénal punit d'une amende ceux qui jettent des corps durs contre les clôtures d'autrui. Où trouver un tribunal de simple police qui voulût appliquer cette disposition prohibitive à des fils de fer? Mais la loi du 3 mai 1844 a tranché d'avance tous les doutes; le mot *clôture* y prend un sens encore moins large que dans la langue ordinaire ou dans le Code pénal : « Le propriétaire ou posses-« seur peut chasser en tout temps, sans permis de chasse, dans « ses possessions attenant à une habitation et entourées d'une « *clôture continus faisant obstacle à toute communication avec* « *les héritages voisins.* » (Art. 2.)

L'étude des documents législatifs ou administratifs qui précédèrent ou suivirent le vote de la loi éclaire cette question d'une vive lumière. Le premier exposé des motifs et le premier rapport de M. Franck-Carré ne font guère que répéter, sur ce point, les termes mêmes du projet. Mais l'article 11 du premier projet contenant ces expressions : « terrain clos, » la commission de la Chambre des députés y substituait les termes mêmes que nous avons cités tout à l'heure, « afin que cette différence de « diction ne fît pas supposer que le mot *clos*, dans l'article 11, « avait une signification autre que dans l'article 2..... Pour qu'il « y ait clôture, il faut qu'il y ait *isolement complet* des propriétés « voisines [1] » M. Franck-Carré va plus loin encore, s'il est possible, dans son second rapport à la Chambre des pairs : il appelle à deux reprises la chasse autorisée par l'article 2 « chasse « à huis clos. » « Il y a là, dit-il même, une sorte de huis clos « impénétrable..... C'est la continuation du domicile, ou plu-« tôt c'est le domicile lui-même. » La circulaire de M. le garde des sceaux Martin (du Nord), en date du 9 mai 1844, est encore

[1] V. le premier rapport de M. Lenoble à la Chambre des députés (séance du 7 juin 1843).

plus formelle : « J'appelle votre attention sur les termes em-
« ployés par l'article 2 pour désigner la clôture. Les expres-
« sions les plus fortes ont été choisies à dessein, pour bien faire
« comprendre qu'il ne s'agit pas d'une de ces clôtures incom-
« plètes comme on en rencontre beaucoup dans les campagnes,
« mais d'une clôture non interrompue et tellement parfaite
« qu'il est impossible de s'introduire par un moyen ordinaire
« dans la propriété qui en est entourée. » « La faculté accordée
« par l'article 2, disait quelques jours plus tard le ministre de
« l'intérieur [1], existait déjà dans l'ancienne législation, et
« même d'une manière beaucoup plus étendue. Ainsi il était
« loisible au propriétaire de chasser ou de faire chasser en tout
« temps dans ses bois ou dans ses possessions entourées d'une
« *clôture conforme aux usages du pays*..... Des conditions plus
« restreintes sont aujourd'hui imposées au propriétaire ou pos-
« sesseur de terrains clos. »

Le ministre de l'intérieur opposait la loi de 1790 à la loi de 1844 : le garde des sceaux faisait de même, et tous deux avaient raison. La loi du 30 avril 1790, nous l'avons dit, réagissait contre la législation de 1669, comme la loi du 3 mai réagit plus tard contre la législation révolutionnaire. Elle lâchait la bride à la passion de la chasse et devait aboutir tôt ou tard à la destruction du gibier. Cependant cette loi qu'on proclamait unanimement en 1844 moins sévère à tous égards, même au point de vue de la clôture, ne semblait connaître et ne désignait, en fait de clôture, que les murs ou les haies. Sous l'empire de cette législation clémente, la Cour suprême jugeait qu'un terrain environné de fossés de quatre pieds de largeur et de deux pieds de profondeur n'était pas suffisamment clos (14 mai 1836). La Cour de Douai allait plus loin et déclarait (28 novembre 1842) qu'aucun fossé ne pouvait être regardé comme une clôture. Enfin une île environnée d'une rivière navigable n'était pas même considérée comme une propriété close, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (12 fév. 1836). Les fils de fer n'eussent pas alors trouvé grâce devant les tribunaux. Comment admettre une interprétation toute différente sous l'empire d'une loi cent fois plus rigoureuse?

Cette interprétation serait en contradiction formelle avec les

[1] V. instruction du 20 mai 1844.

faits. Le gendarme qui pénètre, par un moyen tout naturel, dans un champ clos de cette manière, ne commet pas une violation de domicile. C'est qu'en effet cette prétendue clôture laisse à tous un libre passage. Dans le drame de la chasse, il y a trois sortes d'acteurs : le chasseur lui-même, ses chiens et le gibier; le chasseur entre sans obstacle dans la propriété; la clôture n'arrête ni le gibier ni les chiens, qui vont et viennent comme en rase campagne, sans heurter cette étrange barrière. Ce champ n'est pas la continuation du domicile; cette chasse n'est pas la chasse à huis clos. On objecte, il est vrai, que cette clôture se généralise avec une grande rapidité dans certaines parties de la France : cela se conçoit facilement; c'est un moyen commode et peu dispendieux d'élargir indéfiniment le domaine où l'on peut chasser sans permis; mais il est faux que cet usage soit déjà passé dans les mœurs. D'ailleurs ni les habitudes d'un siècle ni la tolérance d'un jour ne sauraient prévaloir contre la toute-puissante autorité de la loi.

ARTHUR DESJARDINS.

BIBLIOGRAPHIE.

TURGOT, PHILOSOPHE, ÉCONOMISTE ET ADMINISTRATEUR,

Par M. BATBIE, ancien auditeur au Conseil d'État, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris, avocat à la Cour impériale; ouvrage couronné par l'Institut (Académie des sciences morales et politiques)[1].

Compte rendu par M. A. VALETTE,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

Le prix qui a été obtenu par M. A. Batbie, en 1860, pour son ouvrage sur Turgot[2], est le premier que l'Académie des sciences morales et politiques ait eu à décerner par suite d'une fondation

[1] Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État. — 1 vol. in-8° de 388 pages, outre 50 pages de *notes et pièces*.

[2] En partage avec un autre concurrent, M. Tissot, doyen de la Faculté des lettres de Dijon.

nouvelle faite par Mme Léon Faucher, qui a voulu ainsi honorer la mémoire et consacrer le nom de son mari [1].

Le sujet choisi par l'Académie était certainement des plus heureux, d'abord à raison de certaines analogies évidentes que présentent la vie de Turgot et celle de Léon Faucher, puis aussi à cause de son importance propre et intrinsèque. Quelle variété d'objets, que d'aperçus intéressants devait fournir à une plume habile la vie d'un homme qui a été, non pas seulement, comme tant d'autres, administrateur et ministre, mais encore penseur et écrivain distingué, philosophe, économiste et réformateur! Par un rare privilége de la fortune, auquel on ne supplée guère, Turgot avait pu, grâce aux services antérieurs et au crédit de sa famille [2], entrer de fort bonne heure dans les fonctions publiques. Substitut du procureur général avant l'âge de vingt-cinq ans (1751) [3], il fut successivement conseiller et maître des requêtes; puis, à peine âgé de trente-cinq ans (1761), nommé à l'intendance de Limoges [4], qu'il administra jusqu'à l'avénement de Louis XVI, en 1774. A cette dernière époque (le comte de Maurepas étant premier ministre), il fut appelé au ministère de la marine, et bientôt après au poste de contrôleur général. Turgot n'était donc pas un homme absorbé par la théorie, un rêveur de cabinet, ignorant de la réalité des choses. Il avait mis la main à une multitude d'affaires, grandes et petites, et dès lors il présente l'aspect curieux d'un philosophe expérimenté, qui sait dans quelle mesure et par quels moyens un gouvernement peut *innover*. On se plaît à le voir ainsi, intendant ou ministre, faire passer dans la pratique les doctrines qu'il avait, dès sa jeunesse, cultivées, approfondies, et propagées par ses écrits [5].

Ceux qui connaissent M. Batbie ont dû prévoir qu'il saurait tirer parti d'un si riche sujet. Ses fortes études d'administration

[1] Ce prix, qui porte le nom de *Léon Faucher*, doit être donné tous les trois ans à l'auteur du meilleur mémoire sur un sujet d'*économie politique*.

[2] Son père, Michel-Étienne Turgot, était prévôt des marchands à Paris. Son grand-père avait été intendant de la généralité de Metz, puis de celle de Tours. Un de ses trisaïculs avait présidé la noblesse aux États de Normandie.

[3] Turgot (Anne-Robert) était né, à Paris, le 10 mai 1727.

[4] Cette généralité comprenait le Limousin et l'Angoumois.

[5] Étant encore au séminaire, il avait établi, dans une lettre à l'abbé de Cicé, les véritables principes sur le *papier-monnaie*. Plus tard, entré au Conseil d'État, il s'était lié avec Gournay, intendant du commerce, grand adversaire du système prohibitif, et avec Quesnay, le chef des *physiocrates*. A la même époque, il donna aussi plusieurs articles à l'*Encyclopédie*, etc.

et d'économie sociale lui étaient ici d'un grand secours ; et son esprit méditatif, à la fois calme et résolu, garantissait d'avance la modération, mais aussi la fermeté, de ses jugements. Entré au Conseil d'État, puis à la Faculté de droit de Paris, et chaque fois par suite d'un concours (double succès dont je ne connais pas d'autre exemple), il a pu envisager le droit sous ses formes et dans ses applications les plus diverses. Enfin, pour composer son *Traité de droit public et administratif*, dont le premier volume a déjà paru et a été accueilli avec faveur, il a tourné ses regards vers des sources presque inexplorées, en allant étudier, sur les lieux mêmes, l'organisation administrative de plusieurs États de l'Europe.

M. Batbie, pour réaliser le plan qu'indique le titre même de son livre, a, dans des chapitres distincts, où il montre les connaissances les plus variées, considéré Turgot successivement comme *philosophe*, *économiste et administrateur*. Cette division est bonne, malgré les empiétements qu'une des matières ne peut manquer de faire sur l'autre, quand cela est nécessaire pour la clarté de certains détails.

La philosophie de Turgot fut toujours franchement spiritualiste, et cela dans un siècle où les doctrines sensualistes avaient acquis une grande influence, contre laquelle n'existait pas encore de réaction prononcée. Turgot, élevé à Saint-Sulpice, où il s'était préparé à entrer dans les ordres, sut demeurer à la fois, comme dit notre auteur, « catholique respectueux et philosophe indé-« pendant » (*Introduction*, p. 16.). « L'enseignement théolo-« gique, » lisons-nous plus loin (p. 17), « l'habitua, en outre, « aux détails de la vie, par la casuistique, étude analogue à « celle du droit, et, comme la jurisprudence, propre à faire con-« naître les mille variétés de la pratique. Il n'en faut pas douter, « cette minutieuse analyse des cas de conscience servit à dé-« velopper la remarquable aptitude que Turgot montra, plus « tard, à suivre les conceptions les plus élevées dans les consé-« quences les plus humbles. »

Ajoutons tout de suite que Turgot se déclara toujours très-grand partisan de la liberté de conscience. Il ne croyait pas que le prince eût le droit d'interdire l'exercice des cultes autres que le sien, lorsque d'ailleurs ils ne blessent en rien les principes fondamentaux sur lesquels repose la morale. Dès 1754, il avait écrit en faveur de la tolérance ; et il la défendit encore

dans une occasion mémorable, lorsqu'il remit au roi un mémoire avant le sacre. Il y a sans doute, comme on en a fait la remarque, une certaine affinité entre le principe de la liberté de conscience et la donnée générale des économistes, qui refusent au pouvoir la direction des affaires du commerce et de l'industrie. Mais d'ailleurs la philosophie spiritualiste de Turgot l'avait conduit à reconnaître chez l'homme des droits primitifs et essentiels, parmi lesquels se retrouve la liberté dont nous parlons, avec celle de disposer de sa propriété, de son industrie, etc., droits qui ne dérivent pas des lois écrites, et que tous les gouvernements doivent respecter.

L'histoire de Turgot, économiste et administrateur, ne peut être présentée ici en détail. Nous renvoyons, à cet égard, au livre de M. Batbie, en indiquant seulement quelques-uns des faits les plus remarquables.

Et d'abord tout le monde connaît les édits célèbres enregistrés, malgré la résistance aveugle du parlement de Paris, dans le lit de justice tenu à Versailles, le 12 mars 1776, pour la suppression *des corvées* et pour celle *des jurandes et des communautés de commerce, d'arts et métiers*. Déjà, lorsqu'il administrait le Limousin, Turgot, s'appuyant sur le vœu des paroisses, avait réussi à transformer la corvée en prestations pécuniaires, au moyen d'une addition au principal de la taille. Une mesure analogue (pratiquée aussi en Languedoc et en Franche-Comté) lui avait permis de supprimer les prestations en nature pour les transports militaires. Dans l'édit général pour l'abolition de la corvée (1776), la contribution en argent destinée à la remplacer fut réglée sur le *vingtième*, lequel pesait sur tous les propriétaires. Elle atteignait ainsi les biens mêmes de la noblesse et du clergé, biens qui étaient exempts de la taille.

Antérieurement, et au début de son ministère, le contrôleur général avait fait rendre un édit (13 sept. 1774) qui déclarait le commerce des grains complétement *libre à l'intérieur*. C'est tout ce qu'il pouvait obtenir alors, dans l'état de l'opinion publique; car on devine bien qu'il aurait voulu la liberté de ce commerce absolue et sans restriction, c'est-à-dire même avec l'étranger [1]. A l'occasion de cette mesure, il déploya une louable fermeté en dissipant les émeutes qui, à Paris et dans d'autres

[1] Il avait autrefois écrit, en ce sens, des *lettres sur le commerce des grains*.

localités, voulaient forcer les boulangers à vendre au-dessous du cours. Bientôt après (dans le courant de 1775), il fit ordonner, pour un certain nombre de villes, la suppression des droits d'octroi qui frappaient des denrées alimentaires.

Turgot n'eut point le temps de réaliser tous ses projets. Dans le nombre il en est, sans doute, qu'une plus longue expérience lui eût fait abandonner ou modifier, tel que celui de ramener tous les impôts à un seul, établi sur *la terre*; celle-ci étant regardée comme la source unique de la richesse. C'était là, comme on sait, la doctrine fondamentale des économistes dits *physiocrates*[1], dont Turgot ne s'est jamais bien dégagé, et qui nous paraît aujourd'hui si étrange[2]. Mais restait toujours la pensée utile et féconde de réformer l'impôt, et notamment d'assurer sa peréquation, quant aux terres, par la formation d'un cadastre général. A cette même doctrine se reliait le plan que Turgot avait tracé d'une future représentation nationale. Les élections devaient être à plusieurs degrés, le premier composé des propriétaires ayant chacun 600 livres de rente foncière; plusieurs propriétaires pouvaient aussi se réunir ensemble, pour former ce revenu de 600 livres et acquérir une voix dans l'élection, etc. (V. M. Batbie, p. 128 et suiv.). Ainsi on établissait, jusqu'à un certain point, dans le droit de suffrage la *proportionnalité de l'impôt.* Turgot, d'ailleurs, n'admettait qu'une seule chambre législative. Mais, laissant ici de côté les points susceptibles de discussion ou de critique, nous dirons que le projet dont il s'agit renfermait l'essentiel du régime représentatif.

Avec l'arriéré énorme qui grevait les finances de l'État, une économie sévère était une condition de salut public; et, à ce sujet, Turgot donna au roi de graves et inutiles avertissements. Comme le dit M. Batbie (p. 9), le roi voulait le bien, mais était « incapable de marcher à son but résolûment. » Quelle différence entre cette nature bien intentionnée, mais faible, et des âmes trempées comme celles d'un Pierre le Grand, d'un Fré-

[1] L'ouvrage capital de Quesnay, publié en 1768 par Dupont (de Nemours), était intitulé : *Physiocratie ou constitution naturelle des gouvernements.*

[2] Quand on voit les immenses valeurs que crée l'industrie par la transformation des matières premières, et les fortunes colossales qui en résultent, on s'étonne d'un système dans lequel les industriels sont traités comme de simples *salariés*, ne gagnant que ce qui est *nécessaire à leur subsistance.*

déric de Prusse, ou même d'un Joseph II! Bientôt Louis XVI abandonna son ministre, le sacrifiant à ses détracteurs et aux privilégiés mécontents, et cela peu après lui avoir écrit : « Il « n'y a que vous et moi qui aimions le peuple. » Vers la même époque (1776), Malesherbes, l'ami de Turgot, quittait aussi le ministère de l'intérieur, qu'il avait accepté à sa sollicitation [1].

M. Batbie paraît avoir la conviction profonde que si Turgot était resté au pouvoir, il eût réalisé en France, de la manière la plus pacifique, la transformation sociale opérée depuis 1789, et que nous avons aujourd'hui sous les yeux. « Nous allons « étudier, dit-il dans son *Introduction* (p. 5), la vie et les ou- « vrages de l'homme qui traça d'avance *le programme de la* « *Révolution*..... et qui aurait consommé l'œuvre nouvelle sans « secousse ni effusion de sang, si, pour se défendre contre les « intrigues et les hostilités suscitées par des intérêts menacés, « il avait eu à sa disposition la prérogative toute-puissante d'un « roi qui aux bonnes et généreuses intentions de Louis XVI « aurait joint la fermeté de Louis XIV. » — Et plus loin (p. 10) : « On a dit avec raison que Turgot aurait empêché la Révolution « s'il était resté au pouvoir..... Il se proposait, en faisant les « concessions qui étaient dues, de réduire l'esprit révolution- « naire à n'être qu'une stérile agitation, de l'éteindre en lui « arrachant la puissance du droit. »

N'y a-t-il pas de l'exagération à dire que Turgot avait *tracé d'avance le programme de la Révolution?* L'anéantissement complet du régime féodal, la suppression des provinces et des coutumes, l'adoption d'un Code civil général et d'un système unique de poids et mesures, la refonte du droit criminel, etc.; tout cela ne pouvait guère entrer à la fois dans la tête d'un seul homme, quel que fût son génie [2]. Le *programme* de Turgot était vaste sans doute; mais avouons que la Révolution l'a notablement élargi.

A. VALETTE.

[1] Quelques mois après, furent révoqués les fameux édits, dont le roi avait commandé l'enregistrement dans un lit de justice. On rétablit d'abord les jurandes et maîtrises, puis on révoqua l'édit sur le remplacement des *corvées*, « dans le but unique, » dit Lacretelle (*Histoire de France pendant le XVIII^e siècle*, 4^e édit., t. V, p. 22), « de soulager les grands propriétaires de « leur part à une faible taxe pour l'entretien des routes. »

[2] Nous ne nions pas cependant que toutes ces réformes n'aient été indiquées ou entrevues, à l'époque de Turgot, par les hommes du *parti philosophique* (V. Lacretelle, *Histoire de France*, etc., t. IV, p. 363 et suiv.).

PARTIE ÉTRANGÈRE

PRÉCIS DE L'HISTOIRE DU DROIT PÉNAL ALLEMAND,

DEPUIS LA CAROLINE JUSQU'A NOS JOURS [1];

Par M. Charles LEVITA,
docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de Giessen.

Traduit et annoté par M. L. BONNEVILLE DE MARSANGY,
avocat à la Cour impériale de Paris.

Le but de cette étude étant l'exposé rapide des modifications qu'ont subies le droit et la procédure germaniques, depuis *la Caroline* [2] jusqu'à nos jours, nous dirons l'importance de ce mo-

[1] Cette étude, publiée dans le *Gerichtssaal*, revue de législation rédigée par M. Mittermaier, a obtenu en Allemagne un succès mérité, et a été jugée assez importante pour être reproduite dans la *Gerichts-Zeitung*, principal organe de la presse scientifique autrichienne.

Le nom de l'auteur est du reste déjà connu par de recommandables travaux, et notamment par la meilleure monographie qui ait été faite sur la *Légitime défense* (*das Recht der Nothwehr*). (*Note du traducteur.*

[2] C'est l'ordonnnance criminelle promulguée en 1532, par l'empereur Charles V, à laquelle il a donné son nom.

Dès la fin du XV^e^ siècle, sous le règne de Maximilien I, les États impériaux voulurent qu'une ordonnance générale déterminât d'une manière uniforme les règles de compétence et l'administration de la justice dans tous les États de l'empire.

Vers cette époque, le baron de Schwarzemberg, alors chancelier de la cour de justice de l'évêque de Bamberg, avait rédigé, avec le concours des légistes conseillers de cette cour (*Raths collegium*), une ordonnance criminelle comprenant le droit pénal et la procédure. Ce Code, de deux cent soixante dix-huit articles, fut approuvé par l'évêque et promulgué en 1507; il est connu sous le nom de *Bambergensis*. Les principes du droit romain y sont habilement combinés avec les usages et les institutions germaniques; c'était, pour ce temps, une œuvre remarquable de progrès, et l'on peut le considérer, selon l'expression de M. Rosshirt, comme le berceau du droit

nument législatif, la lutte engagée durant les XVII^e^ et XVIII^e^ siècles par la doctrine et la jurisprudence contre le droit écrit, enfin l'opportunité et la valeur des codifications élevées depuis lors dans la plupart des États allemands.

Et comme toute recherche historique doit servir à faire connaître et à satisfaire les besoins de la génération présente, après avoir signalé, dans les nombreuses législations particulières, l'existence d'un droit commun allemand, nous en déduirons la nécessité actuelle d'un Code *national* et *uniforme* pour toute l'Allemagne, et nous indiquerons comment ces principes de droit commun devront être conservés, consolidés et développés, pour parvenir à la création de cette grande œuvre d'utilité générale!

Inutile d'ajouter, qu'à ce double point de vue, nous devrons nous borner à retracer, d'une part, les points les plus saillants de l'histoire du droit, et d'autre part les arguments principaux qui, à raison même de l'existence d'un droit pénal commun allemand, semblent commander l'édification d'un Code *général* unique.

pénal commun de l'Allemagne (*die Wiege des gemeinen deutschen Strafrechts*).

L'ordonnance de Bamberg fut adoptée en 1516 par les margraves de Brandebourg, et appelée *Brandenburgensis*.

Enfin elle servit également de base aux travaux exécutés par la Diète impériale pour réaliser son projet d'une ordonnance criminelle générale. Charles V nomma Schwarzemberg président de la commission chargée d'édifier le nouveau Code. Cette grande œuvre, à laquelle Charles V devait attacher l'honneur de son règne, fut entravée par les répugnances de certains États qui craignaient de voir leurs priviléges disparaître sous le niveau unitaire d'une loi générale. Après divers ajournements par les Diètes de Nuremberg (1524), de Spire (1529) et d'Augsbourg (1530), l'ordonnance, malgré les protestations du Brandebourg et de la Saxe, fut enfin rendue en 1532 par la Diète de Ratisbonne, mais avec une clause expresse qui réserve les droits de chacun des États (*clausa salvatoria*).

Telle fut l'élaboration de la célèbre ordonnance appelée la *Caroline*. L'opposition qu'elle subit avant et après sa promulgation était comme le présage et la mesure de l'influence qu'elle devait bientôt exercer. Elle fut longtemps combattue, comme nous le verrons dans le cours de ce travail, par des intérêts exclusifs de localité, et surtout par les jurisconsultes au nom du droit romain, leur *ratio scripta*. Mais les préjugés se dissipèrent peu à peu, et le mérite de la Caroline fut, bien que trop tard, universellement reconnu. (*Note du traducteur.*)

I.

Depuis la Caroline de 1532 jusqu'au commencement de ce siècle, l'histoire du droit, la procédure, la science pénale nous offrent l'aspect d'une triste déchéance.

A côté de la longue immobilité de la législation impériale, de l'arbitraire des justices territoriales et de la disette ou de l'inconstance des ouvrages scientifiques, apparaissent seuls les travaux de quelques hommes supérieurs, tels que Berlich, Carpzov et Jean Samuel Frédéric de Boehmer.

Une déplorable fatalité semble avoir incessamment pesé sur la Caroline; alors qu'elle aurait pu rendre les plus grands services, elle ne fut pas suffisamment comprise; et lorsque plus tard on commença à la comprendre, elle n'était déjà plus en rapport avec les besoins de l'époque; plus tard encore, lorsqu'on se prit à l'étudier de la façon la plus sérieuse et la plus approfondie [1], elle avait cessé d'être en vigueur dans la plus grande partie de l'Allemagne, et là où elle régnait encore, on s'efforçait d'en provoquer l'abrogation [2].

[1] Quel qu'ait été le degré de son autorité réelle, la Caroline n'en a pas moins exercé sur le mouvement scientifique une influence considérable prolongée. Cette influence serait, au besoin, attestée par la notoriété extraordinaire dont elle n'a cessé de jouir.

Traduite en flamand par Cornelius Albinus, puis deux fois en latin par Goblerus (1543) et par Remus (1594), elle a été quatre fois reproduite en langue française en 1612, 1729, 1756 et 1779; elle a suscité un nombre prodigieux de commentateurs, dont Vigelius (1583), Kress (1744), Boehmer (1774). Enfin le savant Waechter a publié d'importants travaux, tant sur les principes fondamentaux de la Caroline (*Symbolæ ad historiam, Const. crim. Carol.*; Leips., 1835) que sur sa portée primitive et son influence sur la législation germanique (*Droit commun allemand*). (*Note du traduct.*)

[2] On ne put toutefois parvenir à l'abroger entièrement, tant elle avait profondément étendu ses racines dans les institutions germaniques.

La Caroline était encore en vigueur, en 1847, dans les principautés de Cobourg, Gotha, Anhalt, Reuss, dans la Hesse Électorale, et dans les États de Waldeck, Lippe, Bückebourg, Mecklembourg, Holstein, Nassau, Hohenzollern, Sigmaringen et Heckingen, et les quatre villes libres. La population totale de ces États, pour laquelle la Caroline a encore à cette époque une existence légale, est d'environ trois millions. (Mittermaier sur Feuerbach, édition de 1847.)

J'ajoute, avec M. Vatel, le savant commentateur du Code de Bavière, que dans les pays où elle a cessé d'être exécutoire, elle a conservé, comme source historique et document juridique, quelque chose de l'autorité tradi-

Le but de Charles-Quint avait été de créer un droit pénal commun fixe dans tout l'empire germanique; de ménager aux sujets allemands un asile contre l'arbitraire fâcheux des justices territoriales; d'offrir aux tribunaux une règle certaine de décision, au milieu de l'antagonisme du droit romain et du droit germanique, et de tracer, sous la forme la plus simple, une ligne de conduite aux juges-jurés ou assesseurs (Schoeffen) [1], qui en général n'avaient pas fait du droit une étude spéciale.

Ainsi que l'avaient déjà tenté les recueils de lois du XIII^e^ siècle, entre autres le *Deutschenspiegel*, le *Sachsenspiegel* et le *Schwabenspiegel*, etc..., la Caroline dut pour atteindre ce but : 1° commencer par rédiger le droit en vigueur; 2° consacrer les *louables* usages traditionnels (*löbliche herbrachte gebreuche*); 3° maintenir aux lois de l'empire leur autorité; 4° accepter, comme fait accompli, l'admission du droit romain, qui, introduit dans quelques législations particulières et dans la pratique de certains tribunaux, sous la forme nouvelle que lui avaient donnée les jurisconsultes italiens, avait généralement pénétré dans la conscience juridique du temps; 5° et néanmoins essayer de concilier autant que possible ces différentes sources du droit.

Le Caroline devait en outre tenir compte des tendances intimes de la nationalité germanique, favoriser le développement du droit individuel et particulier, et maintenir, comme elle le fait dans la *clause salvatoire* [2], les anciennes coutumes réputées justes et légitimes, sauf le droit qu'elle se réservait au besoin de suppléer à leur insuffisance, ou de rectifier ce qu'elles pouvaient offrir d'abusif ou d'injuste [3].

Or, ce but la Caroline l'a réellement atteint, puisqu'en fait elle

tionnelle qui s'attache à une loi si longtemps respectée. *Stat magni nominis umbra!* (*Note du traducteur.*)

[1] A l'époque où la Caroline fut promulguée, l'ancienne organisation judiciaire germanique existait encore. Les tribunaux étaient composés de magistrats, dont l'unique fonction était de diriger l'instruction et les débats, et de *scabini* (*schœffen*), sortes de jurés statuant en fait et en droit. (*Note du traducteur.*)

[2] La *clause salvatoire* est ainsi conçue : « Nous n'entendons pas donner, « par ces présentes, aucune atteinte au droit des électeurs, princes et États, « par rapport à leurs anciens usages conformes à la justice et à l'équité. » (Car. préambule.) (*Note du traducteur.*)

[3] Telles sont les dispositions des articles 61, 104, 105, 135, 140, 204, 218 de la Carolide. (*Note de l'auteur.*)

a été reconnue comme droit commun, non-seulement dans les législations des territoires, mais encore dans la science et la pratique des époques ultérieures.

Avec cette admirable intuition des qualités que devait réunir un Code pour naître viable au XVI[e] siècle, l'auteur [1] de la Caroline sut, par la simplicité de la forme et de la teneur, mettre son œuvre à la porté des *scabini*, et néanmoins l'élever au niveau des progrès de la science, par la recommandation qu'il fit aux juges « *de consulter les jurisconsultes romains.* »

Du reste, pour qu'on ne pût pas faire à ce Code le reproche d'être d'un absolutisme sans remède, il laissa partout aux magistrats une libre appréciation, se plaçant comme médiateur entre les anciens principes et les nouveaux, entre le droit germanique et le droit romain, par le juste milieu qu'il sut trouver entre l'entière dépendance des juges de Rome et l'indépendance illimitée des anciens tribunaux de la Germanie [2].

Jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, le développement du droit et de la procédure pénale fut exclusivement abandonné à la doctrine et à la jurisprudence, comme il l'avait été à Rome, depuis la loi des Douze Tables, aux édits des préteurs et aux réponses des prudents.

La science et la pratique ne tardèrent pas à entreprendre une lutte incessante contre la Caroline, qui, malgré ses qualités remarquables pour son temps, cessa peu à peu d'être au niveau des progrès intellectuels de la nation, et d'autre part, contre les législations territoriales, qui nées des nécessités du moment et souvent entachées d'arbitraire, tenaient trop peu de compte des droits de l'empire et de ceux des États provinciaux.

[1] JeanErich, baron de Schwarzemberg et de Hohenlandsberg, était au commencement du XVI[e] siècle aussi renommé par ses travaux législatifs que par ses mérites militaires (*vir pacis pariterque bellicis artibus insignis*, disent ses biographes). Il devint chancelier de l'évêque de Bamberg, et composa la *Bambergensis* qu'on a surnommée *Mater Carolinæ*. Nommé président du comité impérial chargé en 1521 d'examiner le premier projet de la Caroline, son énergique initiative fut d'un grand secours; aussi, bien que sa mort arrivée en 1529 ait précédé de trois ans la promulgation du Code de Charles V, il est hors de doute que c'est à lui que doit revenir l'honneur d'avoir créé ce grand monument législatif. (*Note du traducteur.*)

[2] On en trouvera des exemples dans les articles 104 et 105 de la Caroline. (*Note de l'auteur.*)

Ce dernier reproche ne s'applique pas toutefois aux législations particulières du premier siècle après la Caroline, lesquelles, sauf quelques statuts municipaux rédigés sans égard à cette dernière, ne laissent pas que de la reconnaître comme droit commun. Ainsi, tantôt elles se bornent à la reproduire, tantôt elles y ajoutent d'anciens règlements, tantôt elles lui font subir d'insignifiantes modifications de procédure, tantôt elles étendent ces modifications au droit lui-même, tantôt enfin elles se présentent sous l'aspect de véritables Codes nouveaux, mais elles maintiennent toujours pour base *la Caroline*.

Quoique le mérite juridique de toutes ces législations territoriales soit de beaucoup inférieur à celui du Code de Charles-Quint, cependant ce n'est qu'au cours du XVIII^e^ siècle que se consomma leur décadence, après être restées ensevelies dans un profond sommeil depuis le commencement de la guerre de trente ans.

C'est à cette époque que nous commençons à voir apparaître ces lois de circonstance d'une sévérité excessive et d'une formule si peu précise, que presque tout, dans leur application, était abandonné à l'appréciation des tribunaux. Du reste, l'imperfection même de la rédaction et l'absence de codification doivent être ici considérées comme une bonne fortune, puisqu'elles ont entraîné leur rapide désuétude.

Citons à l'appui de ce fait quelques exemples choisis dans la législation prussienne durant la première moitié du XVIII^e^ siècle. Un édit ordonnait que les personnes coupables d'infanticide fussent noyées; un autre punissait de la peine de mort ceux qui simulaient l'insolvabilité; le coupable de sodomie était brûlé vif; les vagabonds, arrêtés dans le pays et âgés d'au moins dix-huit ans, étaient pendus sans rémission; la même peine était infligée aux braconniers et à leurs complices; les auteurs de vols commis avec effraction dans la résidence du prince, subissaient dans les *huit jours* le supplice de la corde, et ceux d'entre eux trouvés porteurs d'armes étaient roués; le voleur qui avait soustrait du blé dans les magasins publics, pour une valeur excédant 10 thalers, était également pendu; enfin, un édit de 1793 dispose expressément « que si un *avocat* ou *procureur* ose faire présenter par des soldats à la personne même du roi des mémoires concernant un procès ou contenant *un recours en grâce*, Sa Majesté devra ordonner qu'il soit

pendu sans pardon ni merci, en compagnie d'un chien[1] *!...* »

Lorsqu'une loi n'est pas conforme aux progrès de la civilisation, à la conscience publique et à la conviction du juge, elle demeure inévitablement frappée d'impuissance. Si jamais d'ailleurs, à aucune époque et dans aucun pays, la doctrine et la jurisprudence ont été en droit d'opposer au droit écrit l'opinion publique et les travaux scientifiques, ce fut certes dans les États allemands pendant les XVII[e] et XVIII[e] siècles.

Cette lutte, la science et la pratique l'ont soutenue sans relâche jusqu'à l'entier anéantissement de la loi écrite; et comme à cette époque les jurisconsultes n'avaient pas encore une idée bien exacte de l'origine et de la nature du droit, et qu'ils restaient asservis à la jurisprudence italienne. ils retombèrent plusieurs fois dans les erreurs qu'ils voulaient combattre. A ce fait vinrent se joindre l'absence d'une cour criminelle suprême pour toute l'Allemagne et les fâcheuses restrictions qu'on apporta à la compétence des Facultés de droit[2], la seule institution d'alors qui put être conservatrice d'un droit général. C'est ainsi que fut détruite l'unité du droit pénal allemand !

II.

Deux époques sont à distinguer dans la lutte que soutinrent la doctrine et la jurisprudence contre la *Caroline*.

§ 1[er]. — Dans la première, qui s'étend jusqu'au XVIII[e] siècle, les tribunaux et les jurisconsultes ménageaient encore le Code de Charles-Quint; ils soutenaient formellement son autorité, tout en annulant ses dispositions par la voie d'une interprétation

[1] La date de ce dernier édit ne saurait passer inaperçue. Il est, en effet, remarquable de voir qu'à cette époque, tandis que l'Allemagne est encore plongée dans les abominables et barbares principes du moyen âge, la France proclame l'admirable théorie *des droits de l'homme!* (*Note du traduct.*)

[2] Les Facultés de droit avaient dans l'ancien état de la procédure allemande, un pouvoir de juridiction. Toutes les affaires difficiles leur étaient renvoyées. On trouvera cité plus loin un arrêt au criminel, rendu par la Faculté d'Altdorf. Cet usage, avec le temps, devint un abus et dénatura la procédure orale, en soumettant la décision des questions les plus graves à des juges qui prononçaient sur des actes inanimés, sans avoir entendu les accusés ni les témoins. Cette pratique n'a pourtant pas complétement cessé aujourd'hui. (Vatel, *Code de Bavière.*) (*Note du traducteur.*)

qui, sous un grand déploiement d'érudition, cachait mal les violences qu'elle lui faisait subir.

C'était le temps où, suivant Leyser, les jurisconsultes « *infinitas explicationes, verborum captationes, æquitates, mitigationes, imitationes, exceptiones, restrictiones, et phantasmata sua in libros, scholas, judicia et collegia invexerunt ; ut nulla sit lex quæ non commodissime eludi, nullumque delictum, cujus pœna a reo paulum versuto non declinari possit.* »

Tous leurs efforts tendant à *mitiger* la rigueur de la loi, ils imaginèrent, pour se soustraire à l'application des sévérités légales, de nouvelles conditions constitutives du corps du délit : par exemple, pour que le *troisième* vol [1] fût puni de la peine de mort édictée par la Caroline, ils exigèrent que la valeur totale de ces trois vols successifs fût au moins égale à celle qui communément constituait le *grand vol.*

Ils avaient encore une autre manière d'atténuer la sévérité des peines de la Caroline ; ainsi la peine du bûcher prononcée par elle contre les faux monnayeurs ne leur était plus appliquée que s'ils avaient falsifié la monnaie de *l'empire* [2], ou fabriqué une *très-grande* quantité de fausse monnaie.

Enfin, on créa de nouveaux cas d'excuses, que le juge crut avoir d'autant plus le droit de suppléer que la Caroline s'était reportée implicitement aux fragments 11 et 13 du Digeste *De pœnis*, lesquels provoquent d'eux-mêmes l'interprétation arbitraire de la loi [3]. C'est vers l'invention de ces nouveaux cas d'excuse que se portèrent de préférence les préoccupations des tribunaux.

Tiraqueau, auquel Carpzov ajoute son autorité, cite jusqu'à soixante-quatre de ces cas généraux d'excuse, parmi lesquels

[1] L'auteur parle ici de la seconde récidive ou du vol, comme disaient nos anciens légistes, *commis la tierce fois.* (*Note du traducteur.*)

[2] A côté de la monnaie de l'empire existait la monnaie territoriale ou particulière à chaque État. La Caroline punissait indistinctement de la peine de mort la falsification de *toute* monnaie. Les tribunaux s'emparèrent de la généralité de cette disposition, qui ne spécialisait pas quelle devait être la monnaie falsifiée, pour ne plus appliquer la peine de mort qu'au cas le plus rare : la falsification de la monnaie impériale. (*Note du traduct.*)

[3] *Arbitrium judicis*, loin d'impliquer une idée de caprice et d'arbitraire est le terme symbolique de la justice distributive, comme le prouve le passage ci-après, de Carpzov. (*Note du traducteur.*)

se trouvent : *singularis artis cujusdam peritia*[1], *numerus liberorum et ruptio laquei*[2].

Carpzov et Leyser ont été jusqu'à dire que, puisque les raisons d'excuse ne sont pas bien précisées dans la loi, on doit les abandonner exclusivement à l'appréciation des magistrats. Aussi le premier déclare-t-il : « *Omnes hodie pœnas, juxta facti et personarum qualitatis, in arbitrio judicantis esse.* »

Par contre, il y avait aussi des cas où les tribunaux pensaient devoir rendre les dispositions de la loi *plus rigoureuses*. Ce résultat fut principalement dû à l'ardeur des croyances et à l'aveuglement des superstitions religieuses. Ainsi la sorcellerie, réputée *crimen exceptum*, était, quant à la pénalité et à la procédure, entièrement abandonnée à la discrétion du juge; les peines du blasphème furent exagérées à l'excès, ce crime étant considéré, non comme une infraction aux institutions humaines et aux sentiments sacrés des hommes, mais comme une offense contre la Divinité elle-même, comme un *crimen læsæ majestatis divinæ*, et la gravité du châtiment semblant devoir être mesurée de manière à apaiser la vengeance du ciel et à obtenir sa réconciliation[3].

En même temps que le droit écrit était ainsi ébranlé par les auteurs et par les tribunaux, la législation et la jurisprudence criminelles générales, jusque-là représentées par la Caroline se démembrent et sont remplacées par des législations et des jurisprudences territoriales. Cette tendance à constituer un droit particulier se tient encore dans certaines limites. Les écrivains dans leurs ouvrages, les professeurs dans leurs cours universitaires, les Facultés dans leurs décisions, respectent toujours,

[1] L'habileté d'un ouvrier ou le talent d'un artiste fut considéré comme excuse, sous prétexte que la société avait plus d'intérêt à continuer à jouir du talent de l'accusé qu'à le mettre dans l'impossibilité de l'exercer par un châtiment, comme à Rome dans les comices et les *quæstiones perpetuæ*. (V. Cicéron, *Pro Archiâ poetâ.*) (*Note du traducteur.*)

[2] De même on trouva une excuse dans cette circonstance que, dans une tentative faite pour pendre quelqu'un, la corde trop faible se fût rompue sous le poids du patient, si toutefois ce cas fortuit avait sauvé la vie à la victime. (*Note du traducteur.*)

[3] Tel était à cette époque le fanatisme causé par les idées religieuses, que Carpzov lui-même, malgré toute sa science, se vante d'avoir, dans l'exercice de ses fonctions d'assesseur, prononcé plus de vingt mille condamnations à mort dans le cas de sorcellerie et de délits charnels. (*Note du trad.*)

malgré quelques divergences, la Caroline comme *droit commun*. Tel fut le principal mérite du célèbre jurisconsulte de Saxe Carpzov [1] et de son devancier Berlich [2].

§ 2. — Dans cette première époque, les auteurs et les tribunaux s'étaient bornés à interpréter la loi, quoique souvent en la torturant; dans la seconde, qui commence avec le XVIII[e] siècle, ils n'en respectent plus ni la lettre ni l'esprit, mais s'enhardissent jusqu'à créer un droit nouveau qu'ils mettent à la place de l'ancien droit écrit [3]. La jurisprudence dut pourvoir au défaut ou à l'insuffisance des prescriptions de la loi en ce qui touche les besoins journaliers de la vie.

Voilà comment un droit local et particulier s'établit sur les ruines du droit commun général!

C'est dans le système des peines qu'on aperçoit surtout la déviation que la doctrine, la jurisprudence et les justices des territoires ont fait subir au droit écrit, représenté par la Caroline.

[1] Bénédict Carpzov (*Carzovius*), né à Wittenberg en 1595, fut nommé, en 1620, assesseur, et en 1632, président (*senior*) du collége des échevins du Leipsick (*schæffen stuhl*); il devint plus tard doyen (*ordinarius*) de la Faculté de droit de Leipsick et conseiller privé à Dresde (1653). Sa *Pratica criminalis* lui assigna la première place parmi les jurisconsultes de son temps. Cet ouvrage, qui comprend le droit pénal proprement dit et la procédure criminelle, est, comme expression du droit commun, le véritable complément de la Caroline. Pendant plus d'un siècle, il régna sans partage en Allemagne, et les tribunaux des territoires adoptèrent son autorité, la considérant comme une juridiction suprême générale. (*Note du trad.*)

[2] Berlich, jurisconsulte antérieur à Carpzov; M. Wœchter le place au-dessus de Carpzov. Il est vrai de dire que ce dernier s'est plus d'une fois utilement servi des ouvrages de ses devanciers. Ce qui a fait dire : « *Nisi Berlichius Berlichiasset, Carpzovius non Carpzoviasset.* » Quoi qu'il en soit, on peut, ce me semble, rendre un hommage simultané à ces deux grands écrivains, sans avoir besoin d'abaisser l'un pour élever l'autre. (*Note du traducteur.*)

[3] On est en droit de s'étonner du peu de respect que conservent les tribunaux pour la Caroline, surtout en présence du serment que le juge devait prêter dans les affaires capitales, serment plein de grandeur et de dignité, dont malheureusement il tenait trop peu de compte : « Je jure de rendre justice et de prononcer jugement en affaire criminelle, également pour le pauvre et pour le riche, sans avoir égard à l'amour ni à la haine, à la récompense, aux présents, ni à aucune autre considération. Je jure en outre *tout spécialement* de *suivre* l'ordonnance criminelle de l'empereur Charles V et du saint Empire, *de l'observer et de la maintenir selon tout mon pouvoir, le tout fidèlement et sans fraude!* Ainsi Dieu me soit en aide et les saints Évangiles. » (*Note du traducteur.*)

Aux peines barbares de ce Code, elles substituèrent de nouvelles peines plus douces. C'est ainsi qu'on commença à prononcer la reclusion, l'emprisonnement dans un hôpital, ayant pour toute nourriture du pain et de l'eau; l'enrôlement principalement pour aller combattre contre les Turcs; les travaux publics pour la confection des routes, etc., toutes peines presque inconnues à la Caroline. Du reste, pour mieux faire ressortir de quelle manière les tribunaux s'affranchirent des dispositions légales, citons, comme trait caractéristique, un arrêt rendu par la Faculté d'Altdorf, vers la fin du XVII[e] siècle, contre un employé des forêts du comte de Hohenlohe pour crime d'inceste. La Faculté constate « que l'accusé, eu égard au fait, n'a pas mérité la mort, édictée par la Caroline pour l'inceste, mais seulement la peine du degré inférieur (le fouet suivi de l'exil); qu'il serait toutefois dangereux de lui appliquer cette dernière, à raison des menaces de vengeance par lui faites aux magistrats et aux témoins; que, dans ces circonstances, le châtiment convenable serait la reclusion dans une forteresse ou les travaux publics; mais, vu la rareté de ces établissements pénitentiaires, la Faculté ordonne que le condamné soit livré aux commissaires de Venise (qui parcouraient en ce temps l'Allemagne dans le but d'enrôler des hommes pour servir comme prisonniers sur les galères de cette république. »

III.

Cette lutte de la doctrine et de la jurisprudence contre la Caroline n'affecte pas seulement le droit pénal proprement dit, mais aussi la procédure criminelle, qui fut radicalement modifiée.

Pour mieux faire comprendre cette transformation, exposons en peu de mots l'état de l'ancienne procédure criminelle.

§ 1[er]. — La procédure inquisitoriale canonique, réglée par les décrétales d'Innocent III, usitée autrefois contre les seuls délits ecclésiastiques, était basée sur ce principe, que tout fonctionnaire de l'Église a charge de rechercher les méfaits commis par les habitants de son ressort. Il procédait à cette recherche par l'inquisition qui, sans l'astreindre à la nécessité de preuves *formelles*, lui permettait de se faire une libre conviction, et d'infliger au coupable la punition qu'il jugeait nécessaire.

L'inquisition canonique se subdivisait en deux parties : l'une

dite *inquisitio præparatoria* ou *generalis*, l'autre *inquisitio specialis*. La première avait pour but de rechercher si une personne était suffisamment notée d'infamie par l'opinion publique, pour qu'on pût lui appliquer la seconde.

Les faits *notoires* provoquaient seuls l'inquisition; quant aux faits *occultes*, on pensait ne pas devoir leur faire produire le même résultat, parce qu'on jugeait dangereux pour la moralité publique de divulguer des faits inconnus [1]!

L'inculpé contre lequel l'inquisition était dirigée devait être présent en personne. On commençait par lui exposer les chefs (*capitula*) sur lesquels portait l'accusation de la renommée; puis on le sommait de s'expliquer; à ses réponses on opposait les dépositions des témoins. Le secours d'un avocat lui était refusé, d'un côté parce qu'il n'y avait pas d'organe de l'accusation, de l'autre parce qu'on voulait que la vérité apparût dans toute sa nudité.

Le magistrat inquisiteur prononçait le jugement, et, à défaut de charges suffisantes, il déférait à l'inculpé le serment purgatoire, qui le *purgeait* des soupçons élevés contre lui. La décision inquisitoriale était sans appel à raison de son caractère disciplinaire [2].

Cette procédure inquisitoriale canonique, en s'introduisant, vers la seconde moitié du XIII^e^ siècle, dans les tribunaux laïques de l'Italie, y reçut des modifications importantes, grâce aux efforts des jurisconsultes canonistes italiens, depuis Tancredus et Rofredus jusqu'à Julius Clarus et Farinatius.

Les anciens *capitula* furent remplacés par la *charta* ou le *libellus inquisitionis*, sorte d'acte d'accusation. On s'attacha à préciser avec plus d'exactitude toutes les conditions constitutives du corps du délit, et à mieux résumer les présomptions (*indicia*); enfin on emprunta au droit romain l'institution de l'appel et de la question.

§ 2. — La procédure inquisitoriale canonique ainsi modifiée

[1] On peut voir dans cette croyance l'origine du proverbe : « *Péché caché est à moitié pardonné.* » *(Note du traducteur.)*

[2] On a prétendu à tort que cette procédure était secrète, et qu'on y faisait usage de la question. Cette erreur provient de ce qu'on a confondu la procédure inquisitoriale canonique *ordinaire* avec la procédure inquisitoriale *extraordinaire*, dirigée uniquement contre les crimes d'hérésie.
(Note de l'auteur.)

passa en Allemagne avec les écrits des jurisconsultes italiens, et y subit de nouveaux changements.

A cette époque la procédure criminelle y fonctionnait encore d'après les règles posées par la Caroline, dont il est utile de rappeler les principales.

Chaque tribunal devait être composé : 1° de magistrats *pieux*, *honnêtes*, *raisonnables*, *expérimentés*, aussi capables, enfin, qu'on les pourrait rencontrer, uniquement préposés à la direction des débats; 2° d'assesseurs (schöffen) juges des affaires simples ; car les causes difficiles étaient renvoyées à la décision des Facultés de droit; 3° d'un greffier destiné à rédiger les procès-verbaux.

Quant aux poursuites, elles pouvaient être commencées, ou sur une accusation privée, ce qui était la règle commune, ou d'office par le magistrat, qui, exceptionnellement seulement, remplissait le rôle d'accusateur public (*Klagen von Amtswegen*).

Les présomptions pour la première fois étaient en faveur de l'accusé. Une seule suffisait bien encore, dans certains cas, pour motiver la question, mais il était indispensable qu'il en existât, tandis que, avant la Caroline, la torture était infligée sans même qu'une seule présomption fût nécessaire.

Les circonstances à décharge devaient être recherchées avec le plus grand soin, aussi bien que celles qui étaient à charge[1].

Enfin, pour prévenir l'emploi abusif de la question, la Caroline intimait au magistrat l'ordre formel de l'appliquer avec modération, en tenant compte des circonstances particulières à chaque cause, et de ne recevoir l'aveu du patient qu'après l'avoir délivré de tous les instruments de torture.

Dans toutes les affaires, la procédure se terminait par une solennité désignée sous le nom de *Endlicher-Rechttag*, qui résumait les anciennes formalités publiques et orales de la procédure germanique depuis la composition du tribunal jusqu'à la *rupture de la baguette* [2].

C'est à cette procédure de la Caroline que, à l'époque où nous

[1] Sage et humaine disposition, qu'il est remarquable de rencontrer dans un Code de 1532, et que les législateurs modernes devraient inscrire en lettres d'or dans leurs Codes de procédure criminelle. (*Note du traduct.*)

[2] Symbole de l'exécution du jugement. Le juge, en brisant une baguette, disait au condamné à mort : « Ainsi que je brise cette baguette, ainsi soit brisée ton existence. » (*Note du traducteur.*)

sommes arrivés, les doctrines des jurisconsultes italiens, jointes aux travaux des savants et à la jurisprudence des tribunaux de l'Allemagne, firent subir de si regrettables innovations.

Le principe de la poursuite des délits d'office par le magistrat, qui était l'exception dans la procédure de la Caroline, tend à remplacer l'accusation privée et à devenir la règle générale. Le cours de la procédure, autrefois séparé en deux phrases, reçoit une division tripartite (*inquisitio generalis*, *summaria*, *specialis*).

Ce ne sont plus les assesseurs qui jugent, mais les magistrats eux-mêmes. Quant aux premiers, leurs fonctions se réduisent maintenant à affirmer l'accomplissement des principaux actes de la procédure.

Toute publicité disparaît, et la solennité du *Rechttag* tombe en désuétude dans une partie de l'Allemagne, et là où elle demeure, elle n'est plus qu'une vaine formalité précédant les seules exécutions capitales.

On néglige le témoignage et les présomptions pour parvenir à la vérité; on ne cherche partout et toujours qu'à obtenir l'aveu de l'accusé par les tourments : c'est le règne de la question; elle est la *regina probatio!*

On ne tient plus aucun compte des dispositions sages et humaines de la Caroline touchant l'emploi de la torture. On ne l'applique encore, il est vrai, que lorsqu'il s'agit des crimes les plus graves, mais, par un funeste retour en arrière, un simple soupçon la motive. L'esprit cruel de ce temps imagine de nouveaux instruments de torture plus atroces encore que la peine elle-même encourue, et le malheureux patient se trouve placé dans cette déplorable alternative, s'il avoue, d'être puni d'une peine terrible; s'il résiste, de traîner le reste de sa vie des membres brûlés et mutilés [1]!

Quelque barbare que soit ce système de preuves, il l'est encore davantage dans les procès de sorcellerie. Rien, dans l'histoire de l'humanité, n'approche de ce drame universel qui nous présente d'un côté une misère et un désespoir sans bornes, et de l'autre une superstition et un aveuglement sans nom! car si les tribunaux et les auteurs se sont permis de s'écarter de la

[1] Procédure abominable, dont Beccaria dit avec raison : « Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scelerati e di condennare i deboli innocenti. »
(*Note du traducteur.*)

Caroline dans la repression des délits ordinaires, à plus forte raison crurent-ils pouvoir le faire, lorsqu'il s'agissait de ce *crimen exceptum*.

Ce ne fut pourtant que vers le milieu du siècle dernier que cette procédure inique fut abrogée. La Prusse donna la première l'exemple en 1754. Les systèmes qui la remplacèrent varient avec les divers États; mais, s'ils furent moins cruels, ils n'en furent pas pour cela plus conformes à l'équité.

CH. LEVITA.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

CHRONIQUE.

ITALIE. — Pendant que la première *exposition de l'industrie nationale* de la Nouvelle-Italie, inaugurée le 15 septembre par le roi Victor-Emmanuel dans la cité des Médici, réunissait, dans une alliance fraternelle, les produits industriels du Nord à ceux du Midi, ceux des industrieuses populations subalpines, des chefs-d'œuvre de peinture et de sculpture, dignes des plus belles époques des écoles florentine et romaine, aux groupes (statuettes), au lave du Vésuve, des *brigantis* napolitains, mêlant ainsi tous les souvenirs passés et contemporains de ce pays privilégié parmi tous ceux de l'Europe, — un congrès plus modeste, celui des savants Italiens (*il congresso degli scienziati italiani*) se réunissait, du 30 septembre au 5 octobre, dans la cité florentine.

Le congrès, sous le nom de *Riunioni annuali dei cultori delle scienze naturali*, existait depuis 1839. Le premier, convoqué par le prince Charles L. Bonaparte (prince de Musignano), le marquis Cosimo Ridolfi et les professeurs Gerbi, Configliachi, Savi, Sismonda et Tomassini, se rassembla le 15 octobre 1839 à Pise, dans la savante cité, aujourd'hui si paisible, si silencieuse, du poëte de la *Comédie divine*. Siégeant annuellement depuis cette époque, les trois derniers congrès se réunissaient : le septième, en 1845, dans la cité de Vico, à Naples; le huitième, en 1846,

à Gênes (Chr. Colomb); le neuvième et dernier, à Venise (Marco Paolo). Interrompu depuis les événements de 1848, l'Académie économico-agraire des Georgifilis à Florence, à l'occasion de l'exposition nationale, convoqua, le 21 juillet dernier, un congrès scientifique extraordinaire. Ce congrès, après avoir élargi le cadre de l'ancien congrès des sciences naturelles d'après les nouveaux besoins de la famille italienne, congrès qui désormais devra embrasser, à l'exclusion des questions purement politiques, toutes les sciences, y compris celle des Ulpien et des Papinien, des Vico et des Montesquieu, comme éléments du progrès social ou, selon l'expression consacrée du pays classique des arts, *arte della scienza*, rédigea les statuts (*regolamento*) des futurs congrès. Les statuts contiennent vingt-cinq paragraphes, dont nous donnons les dispositions principales. Le *congrès scientifique* italien a pour but de contribuer au progrès et à la diffusion des sciences (I). Il se réunit tous les deux ans, en automne, pendant quinze jours (II, III). Il se divise en deux grandes sections : 1° *sciences physiques*, mathématiques et naturelles ; 2° *sciences morales* et *sociales*. La deuxième section se subdivise en 1° archéologie et histoire, 2° philologie et linguistique, 3° statistique et économie politique, 4° *philosophie* et *législation*[1], 5° pédagogie. Tous les Italiens membres d'une académie, les directeurs des hautes études et des établissements scientifiques, tous les professeurs enseignants et émérites, les officiers supérieurs des armes savantes, les notaires et autres personnes donnant de l'authenticité aux actes, peuvent être membres du congrès, après avoir été présentés par trois membres (IV, V). Chacun qui veut être admis doit déclarer la classe dont il désire être membre (VI). Les §§ VII et VIII ainsi que le dernier alinéa du § V fixent le fonds social. Chaque réunion biennale aura un président général, deux assesseurs, deux secrétaires composant le conseil qui nommera le président de l'assemblée suivante, lequel doit avoir son domicile dans l'endroit de la réunion. Le président nomme les assesseurs et les secrétaires (IX). Le choix du lieu de la réunion du congrès suivant se fait à la pluralité de voix des membres présents. Le nouveau président et les

[1] Ou, selon l'expression de feu M. Laferrière, « l'alliance entre le *droit*, l'histoire et la philosophie, entre l'économie politique et les législations comparées. » (*Essai*, introd., p. 10.)

assesseurs veillent sur la stricte exécution des résolutions du congrès. Il est remplacé par le plus ancien des assesseurs (X-XIV). Chaque congrès comprend deux réunions : dès l'ouverture du congrès, le bilan administratif du fonds social lui est présenté et l'on procède à la formation des bureaux ; il procède le même jour à l'élection des présidents, lesquels choisissent les vice-présidents, les secrétaires (XV, XVI). Dans la seconde réunion, ces deux secrétaires généraux présentent un exposé des études et des débats des différents bureaux, on procède à la proclamation du nouveau président général et l'on fixe le nouveau siége du congrès suivant. Le premier conseil transmet à celui qui lui succède les nouveaux membres et les procès-verbaux. Le conseil des présidents délibère sur les propositions des diverses clases, le lieu et les heures de réunion de celui-ci, les cours ou leçons sur des matières importantes ou de nature à constituer de nouvelles applications ou découvertes (XVII-XX). Le président général laissera aux établissements scientifiques publics du lieu de l'assemblée tout ce qui aura été, en livres ou autres objets, offert au congrès.

Le prochain congrès doit se réunir à la fin du mois de septembre dans la ville de Siène.

J. BERGSON.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

RÉHABILITATION DE FAILLIS. — FORME. — AUDIENCE SOLENNELLE.

Par M. DE NEYREMAND,
conseiller à la Cour impériale de Colmar.

Les arrêts qui prononcent la réhabilitation des faillis doivent-ils être rendus en audience solennelle?

D'après notre droit public et privé, la faillite, même atténuée et presque purifiée par un concordat ou une déclaration d'excusabilité, apporte une grave perturbation dans l'état commercial et politique du failli; c'est la *media capitis deminutio* des Romains [1]. La réhabilitation, qui fait disparaître cette altération profonde et opère une restitution *in integris*, est donc une mesure d'une extrême importance, une matière d'un haut intérêt. Comment se fait-il que ce soit précisément une de celles qui ont le moins attiré l'attention des auteurs? Tous ou presque tous ils n'ont fait que paraphraser les articles 604 et suivants du Code de commerce qui organisent la réhabilitation, sans se préoccuper d'aucune des difficultés que le sujet fait naître. Nul d'entre eux, par exemple, n'a prévu le cas où l'on viendrait à découvrir, après la réhabilitation, des dettes non acquittées, ce qui n'est certes pas une hypothèse improbable. Un point qu'on a aussi complétement négligé, et qui a son importance si le nombre est une garantie, c'est celui de la forme. La loi dit que les arrêts de réhabilitation seront rendus *de plano*, sur la provocation des procureurs généraux chargés de faire contrôler les faits exposés, par les *Cours impériales*. A-t-elle voulu désigner par là ces corps judiciaires tout entiers ou du moins les réunions de chambres qui constituent la solennité, ou bien n'a-t-elle entendu que se référer à la règle qui attribue les affaires civiles en général à une seule chambre? En d'autres termes, la réhabilitation doit-elle être prononcée en audience solennelle ou en audience ordinaire?

[1] *Minor sive media capitis deminutio est cùm civitas quidem amittitur, libertas verò retinetur.* (Inst., tit. 16, *De cap. deminut.*, § 2)

Cette question nous a paru digne d'un sérieux examen, comme toutes celles qui touchent à la garantie des formes. Après y avoir mûrement réfléchi, nous avons acquis la conviction qu'il ne peut s'agir ici du mode de procéder suivi pour les affaires civiles ordinaires qui, instruites et portées à l'audience par les parties intéressées, n'ont qu'un caractère purement privé; qu'en cette matière tout exceptionnelle une plus grande solennité est commandée tout à la fois par l'ensemble du système de la loi, par l'importance du résultat, par la nature de la question; que dès lors le droit à la réhabilitation, qui intéresse non pas seulement un individu, mais l'honneur commercial, ne peut être dignement proclamé par les Cours de justice qu'avec un certain appareil, c'est-à-dire par les chambres réunies.

Commençons par analyser les articles 604 et suivants du Code de commerce, et voyons si de l'ensemble de leurs textes et de la marche qu'ils prescrivent on ne peut pas déjà induire que la loi a entendu soumettre les demandes en réhabilitation, non pas à telle ou telle chambre, mais aux chambres collectivement.

D'abord, aux termes de l'article 604, ces demandes doivent être adressées, non pas aux fractions des Cours particulièrement investies de la connaissance des affaires civiles, mais aux corps de justice souveraine; c'est aux présidents et magistrats composant l'ensemble que la requête est présentée. C'est aussi par les Cours impériales, sans spécification, que les arrêts, d'après l'article 610, doivent être prononcés. Nous ne voulons pas attacher à cette formule de langage plus d'importance qu'elle ne mérite; nous ferons observer cependant qu'on se fonde sur un argument de cette nature pour décider que les lettres de réhabilitation des condamnés doivent être entérinées en audience solennelle, parce qu'elles sont toujours adressées aux Cours impériales prises collectivement [1].

Il est à remarquer de plus que, quand la loi, dans certains cas exceptionnels où elle saisit directement les Cours, n'entend donner juridiction qu'à une seule chambre, elle a soin de le dire; ainsi pour la première chambre, lorsqu'il s'agit de délits commis par des magistrats d'un ordre inférieur (décret du 6 juil-

[1] Arrêt de la Cour de Poitiers, du 28 novembre 1828; *Journal des avoués*, t. XXXVI, p. 131.

let 1810, art. 4); ainsi pour la même chambre et pour la chambre des vacations lorsqu'il s'agit de tirer la liste du jury de session (Cod. d'instr. crim., art. 388; loi du 4 juin 1853); ainsi encore pour la chambre d'accusation en cas d'avis à donner sur la demande en réhabilitation d'un condamné (Cod. d'instr. crim., art. 627 et 628). Enfin la matière dont s'agit ne rentre dans aucune des catégories attribuées à la première chambre par le décret du 30 mars 1808. Les formes toutes particulières de l'instruction, la haute direction du procureur général, la mission qui lui est donnée de faire rendre arrêt par la Cour après l'avoir éclairée par ses investigations, l'intervention des magistrats de première instance appelés à les compléter par leur avis, toutes ces circonstances, tout cet ensemble de précautions, qui atteste l'importance de la demande aux yeux du législateur, n'autorise-t-il pas à conclure que ce n'est pas sans raison que la loi a généralisé son expression, et qu'elle a voulu par là proportionner la solennité de la décision à celle de la procédure?

Et comment en douter lorsqu'on réfléchit un moment à la gravité des conséquences de cette décision?

On disait autrefois : *Faillitus, ergo fraudator.* Plus équitable aujourd'hui, on reconnaît que si la mauvaise foi ou des combinaisons qui en approchent inspirent plus d'une faillite, il en est beaucoup aussi qu'on ne peut attribuer qu'au malheur; mais quelle que soit la cause du naufrage, qu'il faille en accuser l'inconduite ou le sort, la faillite n'en est pas moins un manquement à des engagements pris sous l'égide de la loyauté commerciale, un abus de la confiance accordée par le crédit; elle entame toujours la moralité du failli. On conçoit dès lors que le législateur se soit montré sévère pour le failli, par cela seul qu'il a failli. Pour cette cause unique, et indépendamment des peines attachées à certaines infractions particulières, il le frappe tout à la fois dans sa vie politique et dans sa vie commerciale; ainsi :

1° La constitution du 22 frimaire an VII, article 5, qui est toujours en vigueur [1], prive le failli de l'exercice de ses droits de citoyen, pénalité qu'elle étend même à ses héritiers à titre gratuit. Elle l'écarte par là de toutes les assemblées électorales

[1] Cass., 8 juillet 1822 et 6 août 1828.

et lui ferme l'accès de toutes les dignités qui peuvent en sortir; elle ne lui permet plus même d'être témoin dans les actes qui requièrent, pour cette coopération, la capacité civique (Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 509 et 510);

2° L'article 83 du Code de commerce lui interdit les fonctions d'agent de change et de courtier : pour lui la Bourse est murée (même Code, art. 614);

3° Il n'est plus admis à l'escompte à la banque de France (décret du 16 janv. 1800, art. 50 et 54);

4° Il ne peut, en pays étranger, être député de la nation ni assister à ses assemblées (ordon. de 1781, tit. 2, art. 45 et 51, toujours en vigueur, d'après M. Renouard, t. II, p. 512);

5° Il ne peut plus rouvrir de théâtre (déc. du 8 juin 1806);

6° Enfin il est spécialement écarté des assemblées appelées à former les conseils de prud'hommes et les tribunaux consulaires, et, *à fortiori*, privé du droit d'être membre de ces juridictions (décr. de juin 1809 et fév. 1810; Cod. com., art. 618).

Telles sont les graves conséquences d'une déclaration de faillite; elles diminuent le commerçant, elles suppriment le citoyen. Vainement le failli aurait-il obtenu de la confiance de ses créanciers la faveur d'un concordat, cette circonstance n'atténuerait en rien les effets que nous venons d'énumérer, tant est grave aux yeux du législateur l'atteinte, même excusable, portée aux règles de la ponctualité commerciale (loi du 4 juin 1853). La réhabilitation seule, c'est-à-dire la constatation judiciaire de l'exécution complète et loyale de tous les engagements, a la vertu d'effacer cette sorte de flétrissure imprimée par la faillite : ce n'est que lorsqu'un arrêt de Cour souveraine, après les vérifications les plus sévères et sur l'avis favorable des magistrats appelés à contrôler la conduite et les productions du failli, a reconnu que tout a été payé, capital, intérêts et frais, qu'il reprend son rang dans la société civile et commerciale, qu'il remonte à l'honneur, comme on disait au Conseil d'État. Alors seulement le citoyen peut prendre part de nouveau aux actes de la vie publique, le commerçant marcher la tête haute au milieu de ses égaux et aspirer comme eux aux prérogatives et aux dignités de la profession. Le réhabilité, en un mot, cesse d'être une espèce de paria, et la tache qui pesait sur son front est désormais effacée.

Est-il déraisonnable de penser que, pour sanctionner des

résultats aussi considérables, une métamorphose aussi radicale, le législateur ait exigé un concours de juges plus nombreux que celui réservé aux débats ordinaires des intérêts privés et matériels, et la solennité de la justice n'est-elle pas ici commandée par la grandeur de la réparation?

A l'appui de ces considérations générales, uniquement puisées dans l'importance de l'objet, on peut invoquer un texte, c'est le décret du 30 mars 1808.

On sait que l'article 22 de ce décret prescrit de juger les questions d'état en audience solennelle, c'est-à-dire avec le concours de deux chambres.

Mais qu'entend-on par question d'état dans le sens de cette disposition? La loi ne le dit pas; il faut donc sur ce point s'en référer à la doctrine et à la jurisprudence.

Or, en remontant à ces deux sources d'interprétation, on peut tenir pour certain en droit que les questions d'état ne sont pas seulement celles qui intéressent la famille, c'est-à-dire les droits civils proprement dits, mais encore celles qui intéressent la cité, c'est-à-dire les droits politiques; qu'elles ne sont pas limitées aux points de savoir si tel enfant est légitime ou bâtard, tel individu français ou étranger; qu'elles s'étendent à des litiges tout aussi importants, à ceux qui ont pour objet l'affiliation de l'homme à la grande famille politique, sa déchéance de la qualité de citoyen, la libération de cette déchéance.

Quelques citations, empruntées aux maîtres, ne laisseront aucun doute sur ce point de droit.

« Si l'on examine, dit d'Aguesseau [1], les différentes qualités qui font la matière des questions d'état, on trouvera qu'elles ont un rapport nécessaire et essentiel *avec le droit public et particulier*, et qu'elles sont appelées *qualités d'état*, *distinction d'état*, etc., parce qu'elles rendent ceux qui les ont capables ou incapables de participer à l'état public ou à l'état particulier. Pour commencer par le droit public, c'est, par exemple, une question d'état de savoir si un homme est libre ou esclave, s'il est citoyen ou étranger, parce que s'il est libre ou s'il est citoyen, il est capable de rendre service à sa patrie dans toutes les charges publiques, et si au contraire il est esclave ou étranger, il est exclu, par l'une ou l'autre de ces qualités, de toutes

[1] *Essai sur l'état des personnes*, t. IX, p. 579, éd. Pardessus.

les fonctions qui regardent le droit public et de tous les avantages qui n'appartiennent qu'à ceux qui en ont la participation. »

Après avoir reproduit textuellement ces paroles, Toullier[1] ajoute : « Quant aux définitions de d'Aguesseau, qui fait consister l'état dans la capacité civile, c'est-à-dire dans l'habileté à jouir, dans un pays, dans une famille, de tous les droits propres aux citoyens ou aux membres de la famille, c'est dans ce sens qu'on l'emploie communément devant les tribunaux quand on parle de questions d'état..... »

Pigeau[2] s'exprime d'une manière encore plus explicite : « On entend par *état des personnes*, dit-il, la disposition des personnes dans la cité ou dans la famille, d'après laquelle leur rang ou leur place leur sont assignés dans la société générale de la nation ou dans la société particulière de la famille à laquelle ils appartiennent. — Un homme est ou n'est pas membre de la société générale, de la société qui habite tel endroit, de celle qui exerce telle profession ou fonction, de celle enfin qui compose telle famille. — La place qu'il occupe ou qu'il a le droit d'occuper dans la société générale ou dans ces sociétés particulières, s'il en est privé ou s'il y est troublé, forme son état. — On entend par causes qui concernent l'état des personnes celles où l'état seulement ou une partie de l'état est mis en question, est contesté.....; lorsqu'un homme exerce une action ou propose une défense dérivant de son *état politique* ou de son état civil, ou de son état de famille, et qu'on lui soutient qu'il n'a pas cet état ou qu'il l'a perdu en totalité ou en partie, ou qu'il en est suspendu, la cause concerne son état..... »

M. Chauveau (sur Carré)[3] résume toute la théorie en deux mots : « On appelle questions d'état, dit-il, celles où s'agitent des droits de famille ou de cité. »

Or, si cette définition est exacte, comment en refuser l'application aux arrêts de réhabilitation qui prononcent sur l'intégralité des droits politiques d'un citoyen, sans parler de ses droits comme négociant, qui lui rouvrent ou lui maintiennent fermé l'accès de la cité, qui décident en un mot s'il restera ou non au ban de la société? Est-il possible de ne pas voir dans de pareils litiges tous les caractères des questions d'état?

[1] T. Ier, nos 173 et 179.
[2] *Comment. sur le Cod. proc. civ.*, t. Ier, p. 232 et suiv.
[3] T. Ier, p. 499, sur l'article 83 du Code de procédure.

C'est ainsi, au surplus, qu'ils ont été considérés dans la discussion qui a précédé au Conseil d'État les articles 604 et suivants du Code de commerce.

Trois systèmes y furent successivement débattus : 1° le projet de la commission qui, ne voyant dans les demandes en réhabilitation qu'une contestation en matière de faillite, voulait en saisir les tribunaux de commerce; 2° le projet de la section de législation qui, trouvant au contraire dans ces sortes de contestations un intérêt général et politique auquel il fallait donner la plus grande solennité, proposait d'en revenir à l'ancien état de choses d'après lequel les réhabilitations n'étaient accordées que par lettres du prince accordées en Conseil d'État; 3° enfin le système proposé par Cambacérès et Merlin, qui, tout en reconnaissant l'importance du sujet, la nécessité d'une appréciation solennelle par cette raison et en outre par celle qu'il s'agit de l'état d'un citoyen, investissait les grands corps judiciaires. C'est dans la discussion qui fit prévaloir ce dernier système qu'il fut bien reconnu que les demandes en réhabilitation soulevaient des questions d'état; qu'à ce titre elles appartenaient aux tribunaux et devaient être jugées avec solennité [1].

C'est ce qu'avait déjà reconnu la Cour de Paris en protestant contre le projet primitif qui rapetissait la matière aux proportions d'un litige commercial ordinaire : « Il s'agit, disait-elle, de rendre à un citoyen ses droits politiques, une partie de ses droits civils, et conséquemment son état. Or les tribunaux d'exception ne sont pas juges de l'état des citoyens. »

C'était là une vérité juridique à laquelle Merlin et Bigot de Préameneu rendirent particulièrement hommage dans le cours de la discussion qui eut lieu au Conseil d'État.

Il est donc bien certain que c'est à raison de leur nature et comme appartenant à l'état des citoyens, que les demandes en réhabilitation furent déférées aux Cours de justice.

Telle est aussi l'appréciation du fidèle historien du Conseil d'État. Dans son sommaire analytique de cette partie de la discussion, Locré dit : « La réhabilitation, tenant à l'état civil des citoyens, ne devait pas être accordée par les tribunaux de commerce qui sont des tribunaux d'exception [2]. »

[1] Locré, *Esp. Cod. com.*, p. 492 et suiv.

[2] *Législ. civ. et crim.*, t. XIX, p. 55.

Ce point de droit ainsi établi, il ne nous reste plus qu'à faire connaître comment la question s'est traduite dans la pratique.

La Cour de l'empire qui est appelée le plus souvent à vérifier des demandes en réhabilitation est assurément celle de Paris. Or cette Cour, dans les nombreux arrêts qu'elle a rendus en cette matière, a toujours siégé en audience solennelle. Nous ne citerons que les suivants :

Le 1er avril 1855 (1re *et* 3e *ch. réunies*), sous la présidence de M. Delangle, après avoir entendu en son rapport M. Try, conseiller, et M. Mongis, avocat général, en ses conclusions, elle a prononcé la réhabilitation d'un sieur Besson, failli concordataire [1].

Le 24 janvier 1853, la même Cour, toujours siégeant en audience solennelle, a rejeté la demande en réhabilitation d'un sieur Goupy. — Il est important de remarquer que Goupy s'est pourvu en cassation. Il est certain, en droit, que la composition illégale des Cours et tribunaux est un moyen de nullité d'ordre public qui peut être proposé en tout état de cause et relevé même d'office par la Cour de cassation [2]. Eh bien ! devant cette juridiction, ni l'avocat, ni le ministère public, ni le rapporteur n'ont songé à critiquer la forme dans laquelle l'arrêt avait été rendu, tant on était généralement convaincu de la régularité de cette forme. Un arrêt du 9 août 1853 rejeta le pourvoi. (D., 54, 1, 73.)

Voilà donc la Cour de cassation qui consacre d'une manière implicite la pratique de la Cour de Paris ; elle va le faire de nouveau en 1857.

Le 27 juin de cette année, sur une nouvelle action du même sieur Goupy, la Cour de Paris, toujours composée de la première et de la deuxième chambres, refuse la réhabilitation (*J. P.*, 1857, 949). Goupy se pourvoit de nouveau en cassation ; son avocat s'ingénie à trouver des moyens. Aurait-il négligé celui résultant de la composition illégale de la Cour s'il y avait vu quelque apparence de valeur? Le 17 novembre 1857, ce second pourvoi a le même sort que le premier (S., 48, 1, 679).

[1] *Droit*, 11 mai 1855.

[2] C'est ce que la Cour de cassation a décidé par plusieurs arrêts. V. entre autres ceux des 10 novembre et 28 décembre 1830, 17 janvier et 7 février 1832, et 25 mars 1833. — V. aussi M. de Fréminville, *Organisation et compétence des Cours d'appel*, t. Ier, p. 154.

Ce serait déjà un argument assez fort que celui tiré de la consécration implicite; mais il y a plus que cela : la Cour de cassation, dans les motifs de l'un de ses arrêts où il s'agissait des effets de la découverte de dettes non acquittées au moment de la réhabilitation, a formellement reconnu le caractère juridique que nous entendons attribuer à ces sortes de demandes : — « Attendu, dit-elle, que la réhabilitation opère une *restitution d'état* et que l'état des personnes est indivisible [1]. »

Enfin la Cour de Paris vient encore tout récemment de donner une nouvelle consécration à sa manière de procéder. Par trois arrêts du mois d'août dernier prononcés en audience solennelle, elle a, sous la présidence de M. Devienne, sur le rapport de MM. Paul Pont et Pasquier, et conformément aux conclusions de M. Charrins, premier avocat général, réhabilité plusieurs faillis concordataires. (*Droit*, 4 août 1861.)

Devons-nous prévoir une objection qu'on voudrait tirer de la forme de procéder en matière de réhabilitation de condamnés, matière sur laquelle une seule chambre est consultée? Il nous serait facile de répondre que l'assimilation n'aurait aucune exactitude. Pour les condamnés, les Cours n'émettent qu'un simple avis; pour les faillis, elles prononcent et jugent. Pour ceux-là, la réhabilitation n'efface que les incapacités spéciales prononcées par les jugements de condamnation, en laissant subsister toutes celles qui peuvent exister par une autre cause; pour ceux-ci, au contraire, elle fait disparaître toutes les incapacités générales et particulières dont la faillite les avait frappés. On voit combien les effets des deux mesures diffèrent dans le mode de leur consécration, dans l'importance de leurs effets.

En résumé, il s'agit ici d'un acte de haute juridiction volontaire pour lequel la loi a tracé des formes toutes particulières. L'instruction, qui est confiée à la vigilance et à la sagacité des magistrats, est revêtue d'une certaine solennité qui doit se retrouver dans les formes de l'arrêt qui en consacre les résultats, solennité que mérite d'ailleurs et qu'appelle la grandeur de l'intérêt qui s'agite. En examinant de près la nature de cet intérêt, on y reconnaît tous les caractères d'une véritable question d'état, dont le domaine embrasse les droits

[1] Arrêt du 20 mai 1846 (S., 46, 1, 359).

civils et les droits politiques, la grande et la petite famille : c'est ainsi qu'on l'a qualifiée au Conseil d'État ; c'est ainsi qu'on l'envisage à la Cour de Paris et à la Cour de cassation. Cette manière de procéder nous paraît conforme tout à la fois au texte de l'une des lois qui composent notre organisation judiciaire et à l'esprit qui a dicté l'ensemble des dispositions du Code de commerce en matière de réhabilitation : — c'est là du moins ce que nous croyons avoir démontré.

DE NEYREMAND.

ÉTUDE SUR LES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. Sévin, conseiller à la Cour de cassation.

QUATRIÈME ARTICLE [1].

DEUXIÈME PARTIE.

DES HYPOTHÈQUES.

La matière des hypothèques présente, non moins que celle des priviléges, des questions ardues à résoudre, des réformes proposées à apprécier ; et même, sur des points importants, on peut dire que tous les projets qu'on a mis en avant n'ont pas la prétention de trouver des solutions irréprochables, mais se contentent de celles qui offrent le moins d'inconvénients.

Et d'abord, devra-t-on conserver la division actuelle en hypothèques légales, conventionnelles et judiciaires ?

Depuis longtemps on a proposé de supprimer cette dernière catégorie. On reprochait à l'hypothèque judiciaire sa généralité, cette condition qui fait que pour la somme la plus minime, tous les immeubles présents et à venir du débiteur sont grevés, quels que soient leur valeur, leur situation, leur nombre. Que la condamnation soit indéterminée, qu'elle soit éventuelle, disait-on, tous les biens immobiliers sont tenus en échec : si un ordre s'ouvre, le concours des hypothèques

[1] V. p. 13.

spéciales et des hypothèques générales rend incertains les droits de tous les inscrits [1].

On ajoutait que l'hypothèque n'est pas la conséquence nécessaire de toute obligation. Celui qui se reconnaît débiteur, par acte authentique, arme son créancier du droit d'exécution, mais non du droit d'hypothèque, si par la convention il ne le lui a pas reconnu. Comment donc concevoir qu'il y ait pour le créancier un avantage, soit à n'avoir point de titre, soit à n'avoir qu'un titre sous seing privé, pour faire reconnaître plus tard par justice sa créance, et y faire attacher l'accessoire d'une garantie hypothécaire que le débiteur lui a refusée? — L'œuvre du juge est de déclarer un droit préexistant, mais contesté, son œuvre n'est pas de le créer ; il excède son pouvoir lorsqu'il confère à une partie un droit que son titre ne lui donnait pas [2].

Ces objections contre l'hypothèque judiciaire ont été plusieurs fois réfutées, et ont contre elles les autorités les plus respectables [3]. Dans l'enquête de 1841-1844, pas une voix ne s'éleva pour les appuyer, et plusieurs des corps consultés voulurent au contraire fortifier davantage l'hypothèque résultant des jugements.

Et en effet, ce que l'on dit du respect qu'il faut avoir pour les conventions des parties, de l'impossibilité d'accorder au créancier une garantie hypothécaire qu'il n'a pas exigée, tout cela peut être vrai tant que l'obligation n'est pas échue, tant que les parties restent dans la position qu'elles se sont faite. C'est dans ce sens que la loi du 3 septembre 1807 ne permet pas d'acquérir hypothèque, avant l'échéance du terme, pour une obligation privée qu'on ferait reconnaître en justice; mais on ne doit pas avoir ces scrupules quand, l'échéance arrivée, le débiteur ne s'exécute pas et contraint son créancier à recourir à la justice. Alors, qui donc pourra se plaindre? Ce n'est pas le débiteur, en retard de s'acquitter, qui doit s'attendre à voir ses immeubles grevés à raison d'une dette échue ; mieux vaut encore pour lui une hypothèque qu'une expropriation. Les créanciers? Ceux antérieurs sont désintéressés, ceux postérieurs sont sans droits ; ils pourront prendre les mêmes garanties à

[1] Rapport du Conseil d'État, de 1851, p. 38.
[2] *Ibid.*, p. 39.
[3] M. Troplong, n° 435 bis. — M. Valette, p. 231. — M. Paul Pont, n° 569

mesure des échéances[1] ; on respectera ainsi la position que les parties se sont faite quant aux termes stipulés (sauf les cas de déchéance des termes prévus par la loi), et chacun verra son rang fixé par la confiance plus ou moins étendue qu'il aura eue dans le débiteur. L'hypothèque judiciaire ne mérite donc pas les reproches qu'on lui fait : le principe de cette institution est salutaire : salutaire, en ce que la société ne peut prêter trop d'assistance à la chose jugée ; salutaire encore, en ce qu'elle fournit au créancier le moyen de paralyser les fraudes par lesquelles le débiteur condamné tenterait de soustraire ses biens à l'effet de la sentence[2].

Ne peut-on pas ajouter à ces raisons puissantes, que toutes les hypothèques judiciaires ne résultent pas d'engagements à terme dont les tribunaux ne font que reconnaître et légaliser l'existence? Des condamnations interviennent aussi par suite de faits, de quasi-contrats, de quasi-délits, pour lesquels on ne peut invoquer les considérations qui viennent d'être rappelées; et lorsque, pour obtenir la réparation de ces faits dommageables, lorsque pour vaincre la mauvaise foi ou la mauvaise volonté d'un plaideur obstiné il a fallu recourir à la justice pour faire consacrer un droit sérieusement contesté, n'est-il pas juste et raisonnable d'accorder au créancier les mêmes garanties que celles que stipule en contractant tout homme soigneux de ses intérêts? Faut-il le laisser desarmé contre les manœuvres frauduleuses de son adversaire, qui, dans un dépit explicable, se laissera facilement aller à grever ou à aliéner ses biens, au préjudice de son trop heureux vainqueur? Suffira-t-il de la ressource, si souvent illusoire, de l'action de fraude, action qui ne peut réussir en tous cas contre un tiers de bonne foi?

Cette crainte a paru si sérieuse que l'on a même cherché des moyens pour devancer, par une précaution préliminaire, le moment où le créancier aura fait reconnaître son droit par les tribunaux. Plusieurs législations étrangères accordent à celui qui forme une action en justice le droit d'inscrire provisoirement sa demande, en vertu d'une simple autorisation de magistrat; c'est ce que le Code de Bavière[3] appelle *prénotation*;

[1] Cour de Colmar (*Doc. hyp.*, 3, 267).
[2] Faculté de Dijon (*ibid.*, 3, 275) ; — de Rennes (*ibid.*, 3, 283).
[3] Le Code civil de la Grèce contient une disposition semblable.

et si le droit est reconnu, adjugé, cette inscription devient définitive, avec effet depuis sa date. Cet exemple fut recommandé par les Cours d'Aix [1], de Nîmes [2], par la Faculté de droit de Dijon, lors de l'enquête de 1841-44.

Quoi qu'il en soit, la suppression de l'hypothèque judiciaire fut proposée en 1849, purement et simplement, par M. Pougeard, moins fermement par M. Langlois, qui la maintenait dans son projet en la restreignant aux biens présents du débiteur et en la soumettant à la règle de la spécialité, tout en justifiant la suppression complète qui était alors prononcée en Hollande et proposée en Belgique, moyennant certaines dispositions nouvelles qui, constatant la déconfiture du débiteur, auraient opéré le dessaisissement de ses biens et fait annuler les hypothèques préjudiciables à la masse des créanciers.

Il faudrait en venir là en effet, et la suppression de l'hypothèque judiciaire ne serait sans danger qu'autant que le porteur d'un jugement de condamnation aurait des moyens de s'opposer à toute hypothèque, à toute aliénation qui diminueraient ou feraient disparaître son gage. C'est ce qu'avait proposé, il y a près de trente ans, M. de Courdemanche, auteur de projets de réforme très-hardis, et alors très-remarqués, sur le régime hypothécaire. Mais on lui répondait, dès ce moment, ce qu'on a répondu depuis à des projets analogues, que dans ce système il n'existait, pour le créancier en vertu de jugement, que le choix entre deux voies également dangereusés : — ou requérir la vente de l'immeuble, ce qui empêcherait la survenance de nouvelles charges; — ou faire déclarer le débiteur en faillite ou en déconfiture. Mais qui ne voit que c'est, dans les deux cas, aggraver singulièrement la position du débiteur, contraindre son créancier à le poursuivre sans pitié, rendre indispensable l'expropriation ou le dessaisissement, après un seul jugement, rendu peut-être dans les circonstances les plus excusables, tandis que l'hypothèque judiciaire aurait suffi pour assurer le droit du créancier, qui pourrait dès lors se montrer moins rigoureux, laisser le débiteur à la tête de ses affaires, et attendre pour l'expropriation un temps et des circonstances plus favorables?

[1] *Doc. hyp.*, 3, 265.
[2] *Ibid.*, 3, 272.

Aussi, toutes les fois que l'on a voulu organiser un système de garanties pour remplacer l'hypothèque judiciaire, s'est-on trouvé en présence de difficultés insurmontables. C'est ainsi qu'en Belgique, lorsque le projet de loi du Gouvernement ne proposait la suppression de l'hypothèque judiciaire que moyennant certaines mesures protectrices équivalentes, on a été conduit à la suppression pure et simple, et que, dit-on, on n'en est pas à la regretter. Pareillement, en France, la discussion de 1851 a suivi une marche très-instructive. Proposée par le Gouvernement, admise par la Commission, approuvée par le Conseil d'État, la suppression de l'hypothèque judiciaire ne fut votée, en seconde lecture, par l'Assemblée législative qu'en considération d'un système *d'opposition* qui équivalait presque à ce que l'on venait de supprimer; et quand on vint à discuter ce système, on en fut si peu content qu'il parut à peu près convenu que le rétablissement de l'hypothèque judiciaire serait le résultat de la troisième lecture.

C'est là qu'il faudra en revenir, en examinant toutefois s'il n'est pas possible d'apporter à la loi actuelle quelques améliorations.

Ce qu'on a reproché surtout à l'hypothèque judiciaire, c'est sa généralité. J'ai cité ce que disait à cet égard le rapport de M. Bethmont au nom du Conseil d'État.

Peut-on donc ramener les hypothèques judiciaires à la règle de la spécialité?

Ferait-on disparaître ainsi (le Conseil d'État s'en flattait) les questions si embarrassantes qui naissent du concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales? — Ce serait une erreur, car ces questions naîtront toujours, même dans le système des hypothèques exclusivement spéciales, lorsqu'on mettra en présence deux hypothèques dont l'une frappera plusieurs immeubles, tandis que l'autre n'en frappera qu'un seul.

Est-il bien possible d'astreindre les hypothèques judiciaires à la spécialité? On l'a entendu de deux manières : ou ce serait le tribunal qui fixerait par son jugement les immeubles sur lesquels porterait l'hypothèque qu'il accorde; mais le tribunal connaît-il les immeubles de la partie qu'il condamne, en connaît-il la valeur? Sait-il quels sont ceux qui sont grevés, qui sont libres? — Obligera-t-on le créancier à désigner lui-même ces immeubles, et l'autorisera-t-on à prendre inscription sur

tous ceux qu'il voudra désigner? Alors qu'aura-t-on gagné? S'il connaît les immeubles de son débiteur, il les grèvera tous; s'il en ignore quelques-uns, il sera victime de son ignorance souvent involontaire.

Il paraîtrait donc plus juste et plus raisonnable de laisser à l'hypothèque judiciaire son caractère de généralité, surtout si l'on reconnaît, dans la suite de ce travail, la nécessité de conserver à certaines autres hypothèques le même caractère.

Car, des conditions que l'on cherche à atteindre pour constituer un bon système hypothécaire, la moins indispensable sans doute est celle de la spécialité. Que l'on parvienne à rendre complétement *publiques*, complétement *déterminées* quant aux sommes, les charges qui grèvent les propriétés de chacun, on pourra faire assez bon marché de la connaissance de la distribution de ces charges sur tel et tel immeuble. Ce qu'il importe de savoir pour les tiers, c'est la situation passive de celui avec qui ils veulent contracter : son actif, il saura bien le faire connaître ; et, le registre des transcriptions aidant, chacun sera au courant de la situation de chacun, dans chaque conservation d'hypothèques ; car c'est, en résumé, à cette circonscription que se borne la généralité d'une hypothèque. Le remède à des inscriptions excessives est dans la faculté de réduction qui appartient aux tribunaux.

Un reproche plus fondé qu'on a fait à l'hypothèque judiciaire, c'est de frapper les biens à venir du débiteur. Cette disposition a été généralement condamnée. Sous un régime, disait la Cour de Colmar, qui fait de la spécialité de l'hypothèque sur les biens présents, le principe ; qui n'admet l'hypothèque conventionnelle sur les biens futurs que dans un cas exceptionnel, on ne peut donner plus d'étendue à l'hypothèque judiciaire, sous peine de voir l'exception préférée à la règle, le non-hypothécaire mieux traité que celui qui a demandé une hypothèque [1]. On peut trouver suffisant que, si le jugement équivaut aux sûretés qu'aurait stipulées un créancier vigilant, on lui accorde ces sûretés, mais rien au delà.

Dans tous les cas, et quel que soit le parti que l'on adopte, on se trouvera toujours en présence de la question ardue que j'ai déjà signalée, celle du concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales.

1. *Doc. hyp.*, 3, 267.

Les réformateurs de 1848 et 1849 n'y avaient pas songé. Croyant avoir résolu complétement le problème de la spécialité des hypothèques, croyant avoir supprimé radicalement les hypothèques générales, ils n'avaient pas fait attention que, même dans leur système, une hypothèque spéciale pouvait être plus étendue qu'une autre hypothèque spéciale ; que si la première, par exemple, frappait sur trois domaines, et la seconde sur un seul, il fallait régler les droits complexes créés par cette situation.

On était d'accord pour écarter une solution proposée dans l'origine, lors de la nouveauté du Code Napoléon ; cette solution, qui tendait à contraindre le créancier à hypothèque générale à la répartir sur tous les biens hypothéqués, paraissait contraire à l'indivisibilité de l'hypothèque. On fut unanime pour reconnaître à ce créancier la faculté d'user de son droit général comme il l'entendrait, de se faire payer sur tel immeuble plutôt que sur tel autre, sans égard aux déceptions, aux injustices que pourraient éprouver les créanciers à hypothèque spéciale. On lui permettait même de donner sur un immeuble déterminé mainlevée de son inscription, ou de s'abstenir de produire à un ordre ouvert, quand cette abstention ou cette renonciation aurait été calculée pour favoriser un créancier postérieur : c'était son droit, un droit absolu que personne n'était admis à contrôler.

Mais les inconvénients étaient grands, et ce fut une des questions sur lesquelles porta l'enquête de 1841-1844. Les réponses furent presque unanimes. Cours royales et Facultés de droit, s'accordèrent pour conseiller une disposition empruntée aux tendances de la jurisprudence, une subrogation de plein droit, au profit du créancier à hypothèque restreinte, dans les droits du créanciers à hypothèque plus étendue qui aurait absorbé son gage spécial. Ainsi disparaîtrait la nécessité gênante pour le créancier postérieur de rembourser celui qui le primait, afin de profiter de la subrogation légale résultant de l'article 1251, n° 1, du Code Napoléon, remède extrême auquel il fallait souvent recourir pour éviter un désastre, et qui n'était pas à la portée de tout le monde.

Pour que la subrogation ainsi décrétée législativement ne reproduisît pas les difficultés du système antérieur, il fallait la

[1] *Doc. hyp.*, 2, 820.

réglementer : on décida donc qu'elle n'aurait lieu au profit du créancier subrogé qu'à la date de sa propre créance, et sans pouvoir excéder le montant de celle par laquelle il aurait été primé. Telle était la rédaction préparée pour la troisième lecture en 1851 ; on pourrait y ajouter, avec la Cour d'Agen [1], « que « son droit sera toujours limité au montant de sa créance hy- « pothécaire, sans qu'il puisse, dans aucun cas, réclamer le « payement d'une somme plus forte que celle qui a été pro- « duite par la vente du bien sur lequel son hypothèque spéciale « reposait. »

Enfin l'article rédigé en 1851, voulant empêcher les manœuvres auxquelles pourrait coopérer le créancier à l'hypothèque générale, non plus en requérant sa collocation sur tels immeubles que bon lui semblerait, mais encore en donnant mainlevée de partie de son inscription générale, ou en s'abstenant de produire à un ordre, condamnait ces renonciations ou abstentions, toutes les fois qu'elles auraient pour but de favoriser un créancier au détriment d'un autre créancier dont l'hypothèque était plus ancienne. C'était sans doute, une atteinte au droit absolu du créancier à hypothèque générale : aussi ne lui faisait-on cette défense que pour un temps assez rapproché de la réalisation du gage et de la distribution du prix, c'est-à-dire lorsque les créanciers sont déjà tous en présence, et que rien ne doit plus être changé à leur situation respective.

Pour terminer sur les dispositions générales relatives aux hypothèques, il suffira de sanctionner, par quelques mots de la loi, la doctrine et la jurisprudence qui avaient eu à s'expliquer sur la nature des biens susceptibles d'hypothèques.

A l'article 2121 n° 1, on avait proposé en 1851 la rédaction suivante : « 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, « et *avec ces biens* [1], leurs accessoires réputés immeubles, » — pour indiquer que les accessoires ne peuvent pas être hypothéqués séparément.

Au même article on avait ajouté : « 3° Le droit résultant des « baux emphytéotiques, également pendant le temps de leur « durée. » — Par là on tranchait la question controversée de la nature du bail emphytéotique, et on la décidait conformément à la doctrine la plus autorisée.

[1] Rédaction du Conseil d'État. Celle du gouvernement portait : *et conjointement avec ces biens.*

Un des projets présentés, celui de M. Pougeard, ajoutait aux droits emphytéotiques ceux de superficie. On aura pensé sans doute que cette addition était inutile, le droit du superficiaire, en matière de bail à domaine congéable, étant bien évidemment un droit immobilier, quoique résoluble [1].

Des hypothèques légales.

Elles appartiennent, on le sait : aux femmes mariées, sur les biens de leurs maris ; aux mineurs et interdits, sur les biens de leurs tuteurs ; à l'État, aux départements, aux communes, aux établissements publics, sur les biens des comptables et des autres personnes désignées par la loi.

Au profit de qui et sur quels biens existent-elles? Ce n'est pas là que se présentent les questions les plus délicates.

I. On s'est demandé d'abord quel doit-être, sur les immeubles situés en France, les droits de la femme mariée en pays étranger.

Si le mari est Français, si, par conséquent, la femme est devenue Française par son mariage, il n'y pas de difficulté : le mariage est régi quant à ses effets par la loi française (je dis quant à ses effets et non quant à sa forme, *locus regit actum*); or l'un de ces effets, c'est l'hypothèque légale au profit de la femme, et même il a été jugé que pour jouir du bénéfice de cette hypothèque elle n'avait pas besoin que son mariage eût été transcrit en France, conformément à l'article 171 du Code Napoléon ; le fait seul du mariage suffit, et l'inobservation de l'article 171, qui est dépourvu de sanction, ne peut nuire au droit de la femme. Les partisans du système qui veut l'inscription d'office des créances de la femme mariée, ne seraient pas satisfaits sans doute et chercheraient à suppléer à un défaut de publicité qui serait plus dangereux qu'en matière ordinaire, car pour les mariages français du moins, on peut, par l'acte de célébration, remonter au contrat de mariage. Avis aux tiers de se tenir en garde contre les époux mariés à l'étranger.

Quand le mari est étranger et que sa femme est par suite devenue étrangère, les opinions se divisent. M. Pont a pu compter (n° 438) jusqu'à quatre systèmes différents ; celui qu'il appuie, et qui est celui de Merlin et de M. Troplong, accorde l'hypothèque, toujours en vertu du principe qui la fait résulter

[1] M. Paul Pont, nos 391, 392.

du fait même du mariage. Le législateur devra se prononcer.

II. Il le devra aussi sur la question de savoir si l'hypothèque légale de la femme atteint les immeubles de la communauté. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas d'accord sur cette matière.

Et d'abord qu'arrivera-t-il des biens de communauté aliénés par le mari en vertu de son droit d'administrateur, selon l'article 1421 du Code Napoléon, en vertu de son droit de seigneur et maître, selon les anciennes coutumes qui ont été suivies par la loi actuelle?

Il faut convenir que si ces biens ne passent entre les mains des tiers que grevés de l'hypothèque légale de la femme, le pouvoir conféré au mari de les vendre, aliéner et hypothéquer, sera à peu près illusoire; il pourra vendre, mais non pas toucher le prix; il lui faudra l'agrément et le concours de sa femme; ce n'est que sous le bon plaisir de celle-ci que s'exercera l'autorité qu'il tient de la loi. Dans ce gouvernement constitutionnel qu'on a voulu voir dans le mariage, c'est la femme qui sera armée du *veto*.

Aussi la Cour d'Amiens disait-elle, dans ses observations lors de l'enquête :

« 6° Les conquêts de communauté qui ne seront plus dans « les mains du mari au moment de la dissolution de la commu- « nauté, seront affranchis de l'hypothèque légale de la femme, « à moins que, par une des clauses du contrat de mariage, il « n'ait été stipulé qu'ils y seraient soumis [1]. »

La Cour de Douai concluait de même : « Les biens que le mari « achète seul, dit-elle, et qu'il pourrait ne pas acheter, sem- « blent devoir sortir de ses mains de la même manière qu'ils y « sont entrés; cependant l'hypothèque légale peut empêcher un « acte de bonne administration, dont le mari, après tout, devrait « être le seul juge. C'est bien vainement que l'article 1421 lui a « donné le droit d'aliéner les biens de communauté sans le « concours de la femme, si celle-ci doit, par le fait, intervenir « dans toutes les aliénations de ces sortes de biens [2]. »

La Faculté de droit de Dijon [3], après une discussion approfondie et se fondant aussi sur le droit consacré au profit du

[1] *Doc. hyp.*, 2, 169.
[2] *Ibid.*, 2, 238, 239.
[3] *Ibid.*, p. 408–413.

mari par l'article 1421, rédigeait ainsi qu'il suit le paragraphe de l'article 2121 relatif aux femmes mariées :

« Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est « attribuée, sont ceux des femmes mariées sur les biens de « leurs maris et sur les acquêts de la communauté, sans préju- « dice toutefois, en ce qui touche les acquêts, des aliénations « ou hypothèques qui auraient pu être consenties par le mari « durant la communauté. »

Les projets discutés en 1851 ne contenaient rien sur la question, car ils ne reconnaissaient d'hypothèque légale qu'à la charge d'une inscription spéciale; mais dans leurs prévisions, ces projets ne parlaient que des biens du mari; des biens à lui appartenant lors du mariage (nouvel art. 2156), sur lesquels devait être prise à ce moment une inscription déterminée par le contrat; des biens advenus postérieurement au mari, sur lesquels (nouvel art. 2159) de nouvelles inscriptions devaient être prises en cas d'insuffisance des premiers, ou pour sûreté des nouvelles causes de recours survenus à la femme. Rien dans ces dispositions ne semblait s'appliquer aux biens de communauté, acquis et aliénés par le mari en vertu de l'article 1421.

Mais c'est à la dissolution de la communauté que l'on peut parler de biens advenus au mari; ce sera la totalité, si la femme renonce, la moitié si elle accepte. C'est dans cette limite que la Faculté de Dijon [1] admettait l'hypothèque légale de la femme sur les acquêts : — « S'ils se trouvent, dit-elle, dans la com- « munauté à l'époque de sa dissolution, et s'ils sont libres de « charges hypothécaires, nous ne voyons aucun inconvénient « à les frapper de l'hypothèque légale de la femme, soit pour « la totalité, si elle renonce à la communauté, soit pour le lot « échu au mari ou à ses héritiers si elle accepte. Cette conces- « sion faite à l'intérêt de la femme n'est peut-être pas en har- « monie avec la théorie, que nous croyons vraie, de la commu- « nauté considérée comme un être moral entre les deux époux; « mais il nous paraît assez peu important de déduire logi- « quement toutes les conséquences d'une fiction légale, surtout « lorsque ces conséquences porteraient préjudice à un intérêt « aussi digne de faveur que celui des femmes mariées; et lors- « que d'ailleurs cet intérêt n'est pas en lutte avec les droits de « tiers acquéreurs ou de créanciers hypothécaires. »

[1] *Doc. hyp.*, 2, 412.

Ne serait-ce pas assez pour garantir les intérêts légitimes de la femme? Ne serait-ce pas mieux dans l'intérêt des tiers que ce qui existe aujourd'hui?

Car aujourd'hui, je ne veux pas le dissimuler, la tendance de la jurisprudence et de la doctrine est plus favorable aux femmes, notamment en ce qui concerne les biens de communauté aliénés pendant le mariage. M. le président Troplong (*Hyp.*, n° 433 *ter*) reconnaît bien que lorsque la femme accepte, comme le mari est maître de la communauté et que, comme tel, il a droit de vendre et d'aliéner sans le concours de sa femme, l'acceptation de celle-ci la rend covenderesse et efface son hypothèque légale. Cette solution paraît préférable, au moins sous le rapport de l'utilité et de la pratique, à la thèse contraire soutenue par quelques auteurs; mais réduite à l'hypothèse de l'acceptation, elle présente de sérieux dangers, car on ne saura que longtemps après les aliénations quel sera le sort de ces actes émanés du pouvoir du chef de la communauté. Aussi l'illustre jurisconsulte qui, pour le cas de renonciation, reconnaît l'hypothèque légale de la femme sur les biens aliénés [1], conseille-t-il aux acquéreurs de ne traiter qu'en exigeant la présence de la femme aux contrats. Le même conseil devra être donné aux tiers avant d'accepter des hypothèques sur les biens de communauté, le conseil d'exiger l'obligation solidaire de la femme et la subrogation à son hypothèque légale éventuelle. Ainsi tourneront nécessairement contre elle les garanties établies dans son intérêt. Mieux vaudrait peut-être qu'elle fût moins protégée, que le droit conféré au mari par la loi de vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté dont il est le chef, fût laissé libre et entier, sans crainte de retours fâcheux pouvant résulter d'événements ultérieurs, contre lesquels on ne peut se prémunir qu'en détruisant par le fait les sûretés et les précautions imaginées dans l'intérêt des femmes.

Quant aux biens qui se trouvent encore en nature lors de la dissolution de la communauté, quoi de plus naturel, quoi de plus conforme aux principes que de distinguer, ainsi que le proposait la Faculté de Dijon, entre le cas d'acceptation et celui de renonciation, deux faits qui vont être immédiatement connus, et qui ne laisseront pas les choses en suspens pendant un

[1] C'est aussi la jurisprudence de la Cour de cassation.

temps indéterminé, comme dans l'hypothèse précédente? La femme renonce, elle est censée n'avoir jamais été commune, tout appartient au mari : la loi lui donne hypothèque sur les biens de son mari, elle doit donc en jouir. La femme accepte : elle devient propriétaire pour moitié ; elle ne peut avoir hypothèque sur sa chose, mais elle l'aura sur le lot échu à son mari, toujours par application du même principe, que les biens de son mari sont affectés à son hypothèque légale. — Le tout, bien entendu, pour le cas d'acceptation, avec la réserve rappelée plus haut, des hypothèques qui auraient pu être consenties par le mari durant la communauté. C'est ce que M. Troplong a parfaitement expliqué[1] (*Contrat de mariage*, n° 1646).

C'est dans ces termes que la question devra être posée au législateur. S'il adopte la solution qui précède, il aura débarrassé la pratique des affaires d'une grave difficulté ; je veux parler du mode de collocation de la femme (ou du créancier qu'elle s'est subrogé), lorsqu'un prix est à distribuer avant qu'elle ait pris parti sur son acceptation ou sa renonciation.

Quand il s'agit de biens existant dans la communauté lors de sa dissolution, l'embarras est moins grand. La femme ne peut tarder longtemps à se décider : les délais de la loi sont là ; son intérêt, si elle a conservé son hypothèque légale, les poursuites de ses créanciers, si elle en a subrogé quelques-uns dans ses droits, l'empêcheront de tenir indéfiniment les choses en suspens.

Mais s'il est question de biens aliénés durant la communauté, si l'on accorde une hypothèque à la femme sur ces biens, si le prix en est mis en distribution avant la dissolution, c'est-à-dire à une époque où l'on ne sait pas si la femme acceptera ou renoncera, à une époque où l'on ne connaît pas l'importance des reprises de la femme, comment procéder? On a imaginé un système de collocations provisoires, de dépôt à la caisse des consignations, de garanties à fournir par la femme ou par les

[1] Cette doctrine de M. Troplong est un moyen terme entre deux opinions extrêmes. — Suivant la première, la femme, même acceptante, a hypothèque sur tous les conquêts de sa communauté, et non pas seulement sur la part échue au mari. — Suivant la seconde, les conquêts sont affranchis d'une manière absolue de l'ypothèque de la femme, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce. — Cette dernière thèse avait d'abord été adoptée par M. Paul Pont, qui maintenant est revenu à la première (n° 524).

créanciers postérieurs, mesures gênantes, d'une durée indéfinie, qui réduisent à bien peu de chose le droit d'administration et de disposition du mari. Que l'on rétablisse ce droit dans sa plénitude, dans sa liberté d'action, et l'on aura beaucoup gagné, sans porter une atteinte sensible aux intérêts véritables des femmes mariées qui, dans ces circonstances, sont presque toujours représentées et dépouillées par les créanciers envers lesquels elles ont eu la faiblesse de s'engager.

Lorsqu'on aura coordonné et amélioré la législation sur les deux points qui précèdent : — à qui appartient le droit d'hypothèque légale ? — sur quels biens frappe cette hypothèque ? — on devra s'occuper de la grande et difficile question qui a soulevé le plus de controverses : — Du mode de conservation des hypothèques légales.

Je parlerai d'abord de celle des femmes mariées.

Hypothèque légale des femmes mariées.

Deux systèmes partagent les jurisconsultes :

1° Celui du Code Napoléon. — L'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari est générale, indéterminée; elle existe indépendamment de l'inscription. Avec ces deux conditions, l'hypothèque légale des femmes serait l'anéantissement complet du crédit immobilier de tous les Français mariés : ni prêteurs ni acquéreurs n'auraient la moindre garantie, la moindre sécurité. On n'a trouvé de remèdes à cet état de choses que les suivants :

Pour les acquéreurs, les formalités de la purge (art. 2193 et suiv.). L'acquéreur qui, avant de payer son prix, remplit ces formalités, met la femme en demeure de faire apparaître son hypothèque au grand jour. Si elle ne le fait pas dans un délai fixé, l'immeuble en est affranchi, et l'acquéreur peut payer sans crainte.

Pour les prêteurs, on a récemment (28 février 1852) introduit, en faveur des sociétés de crédit foncier, la faculté de purger aussi les hypothèques légales au moyen de formalités analogues à celles du Code Napoléon. Si dans le délai fixé il n'est inscrit aucune hypothèque légale, la société de crédit foncier peut livrer ses fonds; elle a conquis, par l'inaction de la femme, un droit d'antériorité sur elle.

Mais cette faculté de purge est un privilége accordé seulement aux sociétés de crédit foncier : elle n'appartient pas aux prêteurs ordinaires. Ceux-ci n'ont qu'un moyen pour se garantir contre l'hypothèque de la femme, hypothèque secrète, générale, indéterminée : c'est d'exiger l'engagement solidaire de la femme, ou une subrogation dans son hypothèque légale.

De telle sorte que la loi, après avoir soigneusement veillé à la conservation des droits de la femme mariée, sans doute parce que son état de faiblesse et de dépendance ne permet pas de s'en rapporter à elle pour la défense de ses intérêts, lui accorde aussitôt, à cette personne faible et dépendante, la faculté de renoncer par un simple acte de sa volonté, même par son silence et son inaction, à toutes les garanties imaginées pour secourir sa faiblesse et sa dépendance.

Et il fallait pourtant qu'il en fût ainsi, à moins qu'on ne voulût rendre absolument impossible toute transaction avec des époux mariés en communauté. Car quel est l'acquéreur qui pourra se présenter s'il ne trouve pas dans la loi un moyen de se prémunir contre l'hypothèque légale, occulte, générale, indéterminée, de la femme de son vendeur? Quel est le prêteur qui s'aventurera à exposer ses capitaux sur la foi d'une hypothèque qui serait primée par la femme de son emprunteur?

Aussi, dans l'état actuel de la législation, serait-on conduit à donner ces deux conseils contradictoires : — aux tiers, de ne jamais traiter avec un mari sans exiger le concours et l'engagement de sa femme ; — aux femmes, de ne jamais donner leur signature à leur mari.

2° Le second système cherche les moyens d'échapper à tous ces inconvénients. On prétend qu'il ne les a pas encore trouvés.

Dans l'intérêt des tiers, ce système s'attache à rendre publics, par la voie de l'inscription, tous les droits, toutes les créances appartenant aux femmes mariées. Non inscrites, ces créances n'existent pas pour les tiers, qui dès lors peuvent traiter en toute sécurité.

Dans l'intérêt des femmes, on a cherché des combinaisons, des formalités qui puissent assurer la publicité, l'inscription de tous les droits des femmes mariées. — La loi du 11 brumaire an VII avait cru y parvenir en laissant aux époux majeurs, et en imposant aux parents et tuteurs des époux mineurs, le soin de requérir inscription pour sûreté des conventions et droits

matrimoniaux; en cas de négligence, les commissaires du pouvoir exécutif devaient y pourvoir. — La loi belge du 16 décembre 1851 n'admet que des hypothèques spéciales, inscrites, et pour des sommes déterminées [1]. Le contrat de mariage détermine les biens qui seront grevés de l'hypothèque de la femme; en cas d'insuffisance, la femme peut, pendant le mariage, en vertu d'autorisation de justice, requérir des inscriptions supplémentaires. La femme, en cas de négligence, peut être suppléée par ses parents et alliés, par le juge de paix et par le procureur du roi. — Les projets de loi discutés en France en 1849 et 1850 imposaient aussi la nécessité d'une inscription spéciale et déterminée, et faisaient intervenir sous leur responsabilité les notaires attestateurs, soit du contrat de mariage, soit des actes donnant naissance à d'autres droits au profit de la femme. La faculté de requérir inscription était même étendue aux parents et amis. Tentatives louables en principe, qui vinrent échouer au jour de la discussion, et qui peut-être auraient échoué devant les difficultés de la pratique.

Si, en effet, le premier système conduit à des dangers ou à des impossibilités, le second n'est pas moins vulnérable sous beaucoup de rapports.

Lors de l'enquête de 1841, la grande majorité des corps consultés se prononça pour le maintien du système adopté par le Code Napoléon, c'est-à-dire pour l'hypothèque générale, indéterminée, dispensée de l'inscription, modifiée seulement par la faculté de purger, ouverte aux acquéreurs [2]. Seulement quelques modifications de détail étaient acceptées. La Cour de Nancy et la Faculté de droit de Caen proposaient d'étendre aux prêteurs en général la faculté de purger, qui n'est accordée aujourd'hui que par exception aux sociétés de crédit foncier [3]. Les Cours d'Angers, de Nîmes, de Paris voulaient ajouter à la peine illusoire du stellionat celle de l'article 405 du Code pénal, pour le cas de fausses déclarations des maris sur leur état

[1] Il en est de même en Bavière, en Hollande, en Pologne, en Prusse, en Autriche, en Lombardie, en Sardaigne.

[2] Cours d'Agen, Aix, Angers, Besançon, Bordeaux, Colmar, Douai, Grenoble, Limoges, Metz, Nancy, Orléans, Poitiers, Rennes, Rouen; — Facultés de droit de Dijon, Poitiers et Strasbourg.

[3] M. Dupin, dans une allocution agricole du 11 septembre 1859, s'élève aussi contre les facilités accordées exceptionnellement à ces sociétés, en opposition, dit-il, à nos idées d'égalité civile et de droit commun.

civil et hypothécaire. Presque toutes les Cours et les Facultés de droit proposaient à titre d'améliorations ce qui a été voté depuis, la publicité des subrogations dans l'hypothèque légale des femmes mariées; la cessation de la dispense d'inscription un an après la dissolution du mariage; la déclaration, lors du mariage civil, de l'existence du contrat de mariage, etc.

D'autres Cours, d'autres Facultés de droit [1] avaient cru possible, tout en sauvegardant les droits légitimes des femmes mariées, de ne pas déroger, en leur faveur, à la règle capitale du régime hypothécaire, à la publicité et à la spécialité. Reconnaissant l'insuffisance des précautions prises par la loi de brumaire an VII dans l'intérêt des femmes, et voulant éviter les inconvénients de l'hypothèque occulte, générale et indéterminée du Code Napoléon, ces corps savants s'étaient arrêtés à un système organisé pour faire apparaître au grand jour de la publicité les hypothèques légales, et croyaient suffire à la conservation de tous les droits. Ce système, varié dans les détails, reposait généralement sur la pensée qu'il ne fallait pas compter sur les personnes intéressées, comme l'avait fait la loi de l'an VII, mais mettre en mouvement certaines personnes publiques, certains fonctionnaires entre les mains desquels doivent nécessairement passer les actes donnant naissance à des droits d'hypothèque légale. La Cour de Bastia proposait que ces actes, qui ne seraient valables vis-à-vis des femmes qu'autant qu'ils seraient passés devant notaires, fussent envoyés à l'enregistrement avec un extrait dressé par le notaire, contenant les indications nécessaires pour faire inscrire l'hypothèque légale, et que cet extrait fût transmis par le receveur de l'enregistrement au conservateur des hypothèques *du domicile du mari* grevé. — La Cour de Nimes, généralisant ce qui se fait pour conserver le privilége du vendeur d'immeubles, proposait de soumettre à la transcription, dans un délai fixe et sous la responsabilité des notaires, non-seulement les contrats de mariage, mais encore tous les actes intéressant la femme mariée et donnant naissance à son hypothèque légale. La Cour proposait en outre que, par analogie avec ce qui se passe lors de l'aliénation des biens dotaux de la femme sous condition de

[1] Cours de Bastia, de Nimes, de Riom; — Facultés de Grenoble, Paris et Rennes.

remploi, et en généralisant le principe en vertu duquel les acquéreurs sont alors responsables du défaut de remploi, il fût dit que les tiers, pour toutes les affaires intéressant la femme, ne seraient valablement libérés envers elle qu'en justifiant de l'inscription prise pour sauvegarder ses droits. « Il est facile « d'entrevoir, disait la Cour, l'étendue des conséquences qui « découlent de ce principe. Pour toutes les valeurs dotales, le « débiteur de la dot s'empressera d'inscrire, car sans cela il ne « serait pas réputé l'avoir soldée, au moins à l'égard de la « femme; pour toutes les successions, ou autres valeurs qui « seraient dues à la femme durant le mariage, l'inscription » sera requise également, puisque sans elle on resterait toujours « l'obligé de cette dernière. »

La Cour de Riom adoptait des procédés à peu près semblables, et concluait « qu'en réunissant ces divers moyens, qui « tendent tous à faire connaître et, ce qui est plus essentiel « encore, à préciser les droits des femmes, on les protégerait « bien mieux qu'à présent. Sauf quelques cas de soustraction « ou de fraude bien rares, et qui sont à peu près impunis dans « tous les systèmes, chaque partie de leur actif serait assurée « par une hypothèque inscrite. »

Le travail de la Cour de Riom, où vivait encore le souvenir et le respect de Grenier, fut un de ceux qui frappèrent le plus les auteurs du projet de loi élaboré en 1849, par une commission dont M. Persil fut le rapporteur. Car l'exposé des motifs présenté à l'Assemblée législative se bornait à reproduire, en cette partie, les critiques adressées par la Cour de Riom au système du Code Napoléon; c'était, en effet, ce qu'on pouvait dire de plus énergique sur ce sujet.

« Comme l'inscription de l'hypothèque n'est pas rigoureuse-« ment imposée au mari, celui-ci ne la demande jamais. Du « moment qu'elle est facultative, il la tient pour injurieuse. Les « parents, les amis communs, n'ont garde de la requérir; le « procureur du roi est averti par des circulaires, qu'il ne doit « l'exiger qu'en grande connaissance de cause et dans des cas « extrêmes.

« L'hypothèque reste donc le plus souvent tacite ou occulte. « En voici les conséquences.

« Ruineuse pour le mari, elle frappe de non-valeur entre ses « mains ces petites parcelles de terre (malheureusement si

« nombreuses en France) qui ne pourraient pas supporter les « frais d'une purge d'hypothèques, et qui deviennent à peu « près inaliénables.

« Par cela seul qu'elle est indéterminée dans son chiffre et « sans limite dans son étendue, elle grève tous les autres im- « meubles d'un poids incalculable ; et si les apports de la femme « ne sont pas bien précisés dans son contrat de mariage, ou si « elle a recueilli sans inventaire, comme il arrive presque tou- « jours, une succession quelconque, le mari est paralysé dans « ses tentatives d'emprunt, son crédit foncier est anéanti. On « pourra prêter encore à l'homme honnête, actif, laborieux, on « ne prêtera plus à l'époux propriétaire.

« Cette hypothèque, qui enchaîne ainsi le mari, a-t-elle du « moins l'avantage de protéger la femme avec efficacité? Nul- « lement. Comme son hypothèque est générale, il a fallu donner « un moyen facile de la purger.

« A cette fin, on met la femme en demeure de publier son « droit par l'inscription, sinon elle est déchue : or, cette mise « en demeure s'opère par une annonce dans un journal que la « femme ne lit pas; par un dépôt dans un greffe et une affiche « dans une salle d'audience, où elle ne va jamais; par une no- « tification directe qui peut lui être soufflée; par une autre no- « tification au procureur du roi, qui n'en tient aucun compte.

« Fût-elle véritablement avertie, elle ne s'inscrirait pas; car « cette inscription exceptionnelle humilierait le mari et trou- « blerait la paix du ménage. La femme ne songe à se protéger « légalement que lorsque le désordre est au comble, lorsque « la séparation est devenue nécessaire, et le mal irréparable, « lors enfin qu'il ne reste plus à sauver que les débris du nau- « frage.

« A ce terme, la femme commune en biens n'a souvent plus « rien à conserver. Comme son hypothèque était gênante, les « créanciers de son mari ont exigé d'elle une subrogation à « ses droits ; ils ont d'autant plus insisté pour l'avoir que le péril « était plus grand : et cette subrogation, qui la dépouille à ja- « mais a été bien facile à obtenir, car la loi, qui protége d'office « les droits de la femme commune, ne l'empêche jamais d'y « renoncer.

« Ainsi, l'hypothèque légale, qui semble garantir si forte- « ment, ne donne, à vrai dire, qu'une sécurité trompeuse. Les

« résultats les plus réels, sont la gêne du mari, l'amoindrisse-
« ment considérable du crédit territorial. »

Les auteurs du projet de loi de 1849 avaient-ils réussi à remplacer ce système, si vivement attaqué, par un ensemble de mesures complétement satisfaisant? La commission législative, par l'organe de M. de Vatimesnil, son rapporteur, s'était flattée d'obtenir ce succès. Elle remplaçait l'inscription occulte et indéterminée de la femme, par des inscriptions spéciales et déterminées, inscrites à la diligence de personnes désignées par la loi et responsables du défaut d'inscription : — Inscription, avant la célébration du mariage, des créances de la femme pour raison de sa dot, conventions matrimoniales et autres reprises de toute nature, même conditionnelles et éventuelles, sur les immeubles désignés au contrat de mariage, et jusqu'à concurrence de la somme déterminée par le même contrat; le tout à la diligence du mari ou, à défaut, du notaire attestateur; — Inscription, au cours du mariage, soit sur les immeubles advenus nouvellement au mari, soit pour les causes nouvelles de recours qui surviendraient à la femme contre son mari; interpellation du notaire à la femme si elle entend inscrire son hypothèque légale et sur quels biens, et inscription, dans le cas de l'affirmative, à la diligence et sous la responsabilité du notaire.

Le projet se présenta à la discussion avec la note défavorable d'un avis contraire du Conseil d'État d'alors. La commission du Conseil d'État (rapporteur M. Bethmont), désirant seconder le système de publicité organisé par la commission du gouvernement, avait essayé une rédaction analogue; mais à une seconde lecture, cette rédaction fut repoussée comme ne garantissant pas suffisamment les intérêts des femme mariées; et dans l'impossibilité de trouver mieux, le Conseil d'État retombait sous l'hypothèque légale, occulte et indéterminée, du Code Napoléon.

Quoi qu'il en soit, le projet du gouvernement, amendé et amélioré par la commission, fut soumis à la discussion législative. Le savant rapporteur, soutenant presque tout le poids de la discussion, défendit énergiquement le système qu'il avait proposé. Son principal adversaire fut M. Demante, qui réussit à faire adopter (à la majorité de 344 voix contre 325) un amendement qui maintenait l'hypothèque légale non inscrite.

Peut-être n'est-ce pas là le dernier mot sur la question, peut-

être est-il permis de croire que le sort de la proposition eût été tout autre sans ce qu'on pourrait appeler un hasard de discussion. Il s'agissait de voter la suppression de l'hypothèque légale occulte, et l'on n'avait pas encore discuté les moyens de la remplacer. En vain le rapporteur demandait-il à l'assemblée de suspendre son vote jusqu'à ce qu'elle eût apprécié, et amélioré s'il y avait lieu, le système entier de la commission : on voulait en finir; on s'ennuyait de traîner si longtemps sur un sujet qui n'offrait pas d'aliment aux passions du moment; et dans le doute où l'on était sur la valeur d'un nouveau système, on se reporta au système ancien dont personne ne méconnaissait les vices.

Le temps n'est-il pas venu d'en finir avec cette question? Le vote négatif de 1851 n'a rien décidé et n'a convaincu personne. Chacun est demeuré avec ses convictions, et l'opinion de ceux qui pensent *qu'il y a quelque chose à faire* s'est même fortifiée, dans ces derniers temps, par les résultats récemment acquis dans la législation et la jurisprudence.

L'hypothèque occulte n'est guère défendue en elle-même; ceux qui l'acceptent ne l'acceptent qu'à regret, et à raison des difficultés graves que l'on trouve à organiser l'hypothèque publique. — Ces difficultés sont-elles donc insurmontables?

Je commence par écarter, pour le moment du moins, et dans l'état actuel de nos mœurs et de nos habitudes, le système de la loi belge (loi du 16 décembre 1851, art. 64-71), qui compte principalement sur l'action personnelle de la femme pour requérir des inscriptions contre son mari, et qui ne lui donne de suppléant que son mari, c'est-à-dire son adversaire; ses parents et alliés, c'est-à-dire trop ou trop peu : trop, si tout le monde s'en mêle; trop peu, s'il est vrai que désigner tout le monde c'est ne désigner personne; enfin le procureur du roi et le juge de paix, qui, armés d'une simple faculté, n'en useront pas pour intervenir dans des intérêts de famille qu'ils ne peuvent apprécier. L'expérience de la loi de brumaire an VII, qui comptait sur des ressources à peu près semblables, a été décisive en France. Qu'il y ait chez nous, de la part des femmes mariées, plus de dépendance, ou plus d'ignorance, ou plus d'affection, de confiance et de dévouement, elles ne sont pas en position de se protéger elles-mêmes : il faut donc que la loi les protége; car leurs intérêts sont des plus respectables, des plus sacrés.

Peut-être même l'échec législatif éprouvé en 1851 par le projet de loi qui organisait la publicité des hypothèques légales tient-il à ce que la commission accordait trop de place à l'action personnelle de la femme, lui donnait trop de facilité pour renoncer à ses droits ou pour les compromettre. La difficulté n'était pas, en effet, dans la constatation des droits de la femme au moment du mariage ; sa dot, ses apports, même ses droits éventuels, tout cela est constaté par un contrat, et il suffit, pour la garantie de la femme, que les stipulations de ce contrat, débattues comme un traité entre deux familles, soient rendues publiques, soit par une inscription prise avant la célébration du mariage, soit par la transcription du contrat. Tous les projets étaient d'accord sur ce point, et contenaient des dispositions suffisantes et praticables.

Mais ce n'est pas là le plus important. Souvent, à l'époque du mariage, le mari possède peu ou point d'immeubles, et l'hypothèque de la femme lui donnera, dès lors, peu ou point de garantie. D'un autre côté, à ce même moment, la femme n'a pas recueilli tout son avoir; et pour tout ce qui lui adviendra pendant le mariage, elle a besoin d'être sauvegardée; il faut donc organiser, pour les faits postérieurs à la célébration du mariage, un système satisfaisant, un système qui soumette les biens survenus au mari à la garantie des droits survenus à la femme. Or c'était là peut-être le côté faible du projet de loi de 1849-1851. Le gouvernement s'était borné à donner à la femme, à ses parents ou amis la faculté de requérir des inscriptions. La commission avait ajouté seulement, pour les nouvelles causes de recours qui surviendraient à la femme, une interpellation à lui adresser par le notaire, si elle entendait inscrire son hypothèque légale, et sur quels biens. Écartons l'immixtion illusoire des parents et amis : restait donc l'action de la femme mariée, restait sa volonté d'être ou de n'être pas garantie. On ne pouvait guère accepter ce système comme satisfaisant et complet. Il fut rejeté; mais ne pouvait-on faire mieux?

Quand il s'agit d'hypothèque *légale*, il faut, ce me semble, que la loi pourvoie à tout : il faut écarter, ou rendre inutile, l'action des personnes que la loi a jugées incapables de se défendre, puisqu'elle a voulu les garantir contre leur dépendance, leur inexpérience ou leur laisser-aller.

A ce point de vue, on trouverait, dans les propositions faites

lors de l'enquête de 1841-1844, des mesures plus efficaces que celles repoussées en 1851.

Les Cours royales et les Facultés de droit, entrées alors dans cette voie, s'étaient proposé le problème suivant : — trouver, pour chaque créance fixe ou éventuelle de la femme contre son mari, un acte authentique qui la constate : soumettre ensuite cet acte à des formalités de publicité qui devront s'accomplir, en dehors des parties, par la seule force de la loi, et par l'action de fonctionnaires responsables.

Or, au dire de ces corps savants, également versés dans la théorie du droit et la pratique des affaires, le problème n'était pas insoluble.

Pour l'apport en mariage, même pour les avantages éventuels, on a le contrat de mariage.

Pour l'indemnité des dettes contractées par la femme, conjointement avec son mari, on a les actes d'emprunt qui n'obligeront la femme, la loi peut le dire, que s'ils sont passés en forme authentique.

Pour les successions et les biens advenus à la femme pendant le mariage, le mari ne devient débiteur que lorsqu'il touche le prix des aliénations qu'il a consenties ou des remboursements qu'il a reçus. Que les actes constatant ces payements ne soient libératoires envers les tiers que s'ils sont passés en la forme authentique.

Il suffira d'imposer à ces divers actes, fondement des créances de la femme, soit un renvoi au conservateur des hypothèques lors de l'enregistrement, soit la transcription dans un délai fixe, pour que tous les droits de la femme deviennent publics, à la diligence et sous la responsabilité des notaires, qui exécuteront ces prescriptions aussi bien qu'ils se conforment à la loi sur l'enregistrement.

On aurait ainsi obtenu ce résultat précieux de la publicité des hypothèques légales.

Cessant d'être occultes, ces hypothèques cesseraient aussi d'être indéterminées, chaque inscription résultant d'un acte précis, et faisant connaître la somme à inscrire, sauf pour les créances éventuelles.

Mais à ces avantages l'hypothèque légale pourrait-elle joindre celui de la spécialité? J'ai peine à le croire ; et peut-être est-ce en cherchant à réaliser cette condition, à peu près impossible,

qu'on a compromis le succès d'une réforme utile et praticable.

C'est par là que pèchent, en effet, presque tous les projets.

On a bien pu prescrire au mari de déclarer, dans son contrat de mariage, quels sont les immeubles qu'ils possède à ce moment, et qui seront, le plus souvent, la moindre partie de ceux qu'il possédera un jour. Mais comment atteindre ceux qui lui adviendront plus tard? Il a fallu, dans ce but, s'en rapporter (projet de 1849-1851) aux recherches et à l'action de la femme, de ses parents et amis : ce n'est plus là de l'hypothèque légale.

Je concéderais donc sans peine à l'hypothèque légale des femmes mariées le caractère de généralité que lui donne le Code Napoléon. L'avantage de la spécialité n'est pas le plus important en cette matière : ce que doivent surtout savoir les tiers, c'est le montant de la créance qui les prime, et ils le sauront avec les mesures de publicité dont on vient de parler.

Mais, même dans le système de l'hypothèque générale, ce sera une grave difficulté que de savoir où il faudra la faire inscrire. A quel bureau d'hypothèques devra être fait le renvoi de l'enregistrement ou la transcription de l'acte énonçant une créance de la femme?

Il a longtemps que ce point a été signalé à l'attention des jurisconsultes et des législateurs. Cambacérès, dans la première discussion du Code civil, ne voyait d'autre remède à cet inconvénient que de faire inscrire les hypothèques, non au bureau de la situation des biens, mais à celui du domicile du débiteur, et de dire que cette inscription vaudrait pour tous les biens qu'il peut posséder dans d'autres arrondissements.

La Cour de Bastia (*Doc. hyp.*, 2. 204) voulait aussi que les inscriptions fussent prises au bureau du domicile du grevé. La Cour de cassation a été du même avis.

La Faculté de Grenoble, craignant sans doute les dangers attachés à l'incertitude et à l'instabilité du domicile, fixait au bureau des hypothèques du lieu de la célébration du mariage la transcription du contrat de mariage et des autres actes établissant les créances de la femme (*Doc. hyp.*, 2. 415). — La Cour d'Amiens partageait cette opinion. La Cour de Dijon se rattachait au domicile d'origine.

C'est à des mesures analogues que furent conduites plusieurs Cour royales qui, n'adoptant ni le système du Code Napoléon, ni le système opposé, proposaient une transaction entre deux

doctrines absolues, une proposition mixte, qui, sans réaliser tous les progrès possibles, en aurait effectué quelques-uns, et préparé la transition à des réformes plus radicales.

Les Cours d'Amiens, Dijon, Lyon, Montpellier, Paris, Pau et Toulouse, tout en maintenant le principe de la dispense de l'inscription pour les femmes mariées, jugeaient utile de prendre des mesures pour assurer cette inscription dans l'intérêt des tiers. Elles s'accordaient donc avec ceux qui avaient prescrit : aux parties de passer acte authentique pour toutes choses intéressant la femme mariée; aux notaires de faire inscrire ou transcrire ces actes aux bureaux des hypothèques; aux tiers de ne se libérer qu'après l'accomplissement de ces formalités. La Cour de cassation donna à cette opinion mixte l'appui de sa haute autorité.

Et cette vue est très-sage. Même en laissant à la femme le bénéfice d'une hypothèque générale non soumise à l'inscription, il est bon et utile que cette hypothèque soit connue des tiers; et cela, même dans l'intérêt de la femme. D'abord on suppléerait ainsi à l'insuffisance reconnue des formalités de la purge, imaginées pour avertir la femme de faire connaître son droit. Puis quand on verra clair dans ses affaires, dans la position de son mari vis-à-vis d'elle, quand on n'aura plus à s'effrayer de l'inconnu, on sera plus disposé à traiter, moins porté à imposer au mari le concours et l'engagement de sa femme; ce qui est, pour celle-ci le danger suprême, la cause de ruine la plus féconde, celle qui détruit d'un seul mot toutes les garanties, toutes les précautions si laborieusement accumulées par le législateur en faveur de la femme mariée, c'est-à-dire de cette personne faible, incapable, dépendante, qui peut cependant, dans un moment d'imprudence ou d'entraînement, renoncer à toutes les garanties que la loi a stipulées pour elle.

Ce vice de la législation est commun aux deux systèmes qu'on a exposés jusqu'ici. Il avait été signalé depuis longtemps :

« Et même, disait M. de Lamoignon dans ses Arrêtés, tit. 21, « l'avantage des hypothèques que l'on donne aux femmes pour « le remploi des propres, et l'indemnité des dettes auxquelles « elles interviennent, ne les met pas à couvert, et cause bien « souvent leur ruine, en ce qu'elles se rendent plus faciles à s'o-

[1] Cité par Maleville, t. IV, p. 237.

« bliger et à vendre leurs propres, sur l'espérance d'entrer « les premières en ordre sur les biens de leur mari pour leur « remboursement : et quand les affaires du mari se dérangent, « il se trouve que la priorité de l'hypothèque qui leur est ac- « cordée ne sert qu'aux créanciers envers lesquels elles sont « obligées, et qui viennent en sous-ordre exercer le droit de « la femme, sans être d'aucune utilité pour la femme elle- « même. »

Pour remédier à ces inconvénients, M. de Lamoignon ne voyait qu'un moyen, certainement très-radical : c'était d'adopter comme droit commun les dispositions de la coutume de Normandie, de déclarer nulles toutes obligations contractées par les femmes en puissance du mari ; de n'autoriser l'aliénation de leurs propres que moyennant remploi.

Cambacérès proposait le même moyen héroïque. « On objecte « que les maris feront obliger leur femme : il faudrait le dé- « fendre ; car les familles n'ont de consistance que là où la dot « est en sûreté [1]. »

Les cours de Lyon, Metz et Pau, la Faculté de droit de Rennes, de Paris, avaient été frappées de ce danger.

« Ce que l'on pourrait faire encore, disait la Cour de Lyon, « ce serait d'entraver ou de restreindre la faculté accordée à la « femme de s'obliger pour son mari, ou dans l'intérêt de son « mari. C'est par l'exercice abusif de cette faculté que se con- « somme le plus souvent la ruine des femmes mariées. Sans ré- « tablir les rigoureuses prohibitions du sénatus-consulte Vel- « léien, ne pourrait-on pas exiger, pour la validité de pareilles « obligations, le contrôle, le conseil ou l'autorisation du ma- « gistrat, ou mieux encore, l'avis du conseil de famille, homo- « logué par les tribunaux ?

La Cour de Metz voulait qu'une dispositon législative déclarât nul de plein droit tout engagement ou tout acte consenti par une femme mariée, et portant atteinte à son droit d'hypothèque légale, s'il n'était approuvé par la justice, dans la forme exigée pour la réduction de l'hypothèque [1].

La Cour de Pau invoquait, par les mêmes motifs, par imitation du Code prussien, l'intervention et l'avis d'un jurisconsulte désigné par le tribunal.

[1] *Doc. hyp.*, 2, 279.

La Faculté de droit de Paris exigeait l'autorisation de la justice [1].

La Faculté de droit de Rennes demandait des restrictions au droit de la femme de renoncer, au profit des tiers, à son hypothèque légale : elle voulait empêcher la femme d'anéantir *totalement* son hypothèque par des renonciations successives [2].

Le législateur aurait de la peine, sans doute, à adopter de pareilles mesures restrictives. Cependant le danger est réel, il est pressant. N'est-ce pas pour le conjurer autant que possible que l'on a imaginé ces contrats de mariage singuliers où, sous apparence de la clause *de reprise d'apport franc et quitte*, on a essayé de soustraire les femmes mariées aux conséquences légales et loyales de leurs engagements? Contrats que la Cour de cassation, à son grand regret peut-être, a cru devoir valider quand la clause litigieuse paraissait être un emprunt fait au régime dotal? N'est-ce pas une cause d'amoindrissement de notre régime de la communauté, et ne signale-t-on pas, en effet, dans des localités où l'on ne connaissait pas le régime dotal, d'assez nombreux contrats de mariage passés sous ce régime, qui, à côté de ses défauts essentiels, a au moins l'avantage de s'opposer à ce que la femme renonce aux garanties de son hypothèque légale? C'est à cela on le sait, que la jurisprudence a réduit l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Il y aura donc un avantage, un progrès, dans toute mesure qui diminuera la fréquence des engagements des femmes mariées portant abandon de leur hypothèque légale, dans toute mesure qui amoindrira l'intérêt des tiers à exiger ces engagements ruineux. Or le tiers, qui sera exposé aux dangers de l'incription occulte et indéterminée de la femme, ne manquera pas, effrayé par ces ténèbres, de se garantir au moyen de l'accession de la créancière menaçante, mais faible et dépendante, qu'il voit avant lui. Il n'aura pas les mêmes exigences si, par des mesures de publicité bien calculées, les droits de la femme sont connus et précisés. C'est là, ce me semble, une des raisons les plus puissantes pour ne pas renoncer à rechercher les moyens d'assurer cette publicité.

Telle était, ai-je dit, l'avis de la Cour de cassation, lors de

[1] *Doc. hyp.*, 2, 450.
[2] *Ibid.*, 2, 464.

l'enquête de 1841-1844. C'est aussi à cette conclusion qu'arrive l'éminent jurisconsulte dont le nom est maintenant inséparable de l'illustre compagnie.

« Tout en disposant, dit M. Troplong [1], que le défaut d'in-« scription ne peut être opposé à la femme et au mineur, le « Code napolitain a cru devoir mettre en mouvement un plus « grand nombre d'agents que le Code français pour procurer « l'inscription des hypothèques légales. Il ordonne aux notaires, « qui reçoivent des actes de constitution de dot, de prendre « inscription pour la femme, à peine de destitution et de dom-« mages-intérêts.

« ..... A ces modifications, dit plus loin le même auteur, on « pourrait joindre celles que le Code napolitain s'est appro-« priées, et que j'ai rappelées ci-dessus. Des perfectionnements « de détail pourraient être introduits..... Peut-être qu'alors, de « cet ensemble de réformes, étrangères à tout esprit de sys-« tème et puisées dans la nature des choses, on pourrait faire « sortir un régime hypothécaire plus parfait que celui qui nous « gouverne. »

On pourrait donc faire une expérience qui n'aurait rien de périlleux : conserver à la femme mariée le privilége de l'hypothèque dispensée d'inscription, mais en même temps prescrire toutes les mesures propres à faire apparaître cette hypothèque au grand jour de la publicité. Et si le résultat de l'expérience était de démontrer que tous les droits de la femme sont révélés par ces procédés, qu'elle n'a pas besoin, pour les exercer utilement, de l'arme menaçante et dangereuse de l'hypothèque secrète : alors on pourrait, faisant un pas de plus, supprimer comme inutile la faculté exceptionnelle provisoirement maintenue, et rentrer par cette transition dans le système vrai et fécond de la publicité en matière d'hypothèques. En attendant, on aurait notablement diminué les inconvénients du système actuel, qui ne sont niés par personne, pas même par ceux qui veulent le conserver, faute de mieux. SÉVIN.

(*La suite prochainement.*)

[1] Préface du *Commentaire des priviléges et hypothèques.*

DU DROIT DE LA SOUVERAINETÉ SOCIALE SUR LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE,

ET SPÉCIALEMENT DES OBJECTIONS DE M. JOHN-STUART MILL CONTRE L'INDISSOLUBILITÉ DU MARIAGE.

Par M. A. BERTAULD, avocat à la Cour impériale,
professeur à la Faculté de droit de Caen.

La souveraineté individuelle peut s'imposer à elle-même des règles dans la sphère de son indépendance, c'est-à-dire pour les choses qui ne concernent qu'elle. Mais pourquoi la liberté, qui crée ces règles aujourd'hui, ne les détruirait-elle pas demain, s'il n'en est résulté aucun droit pour un tiers? On ne saurait se lier soi-même envers soi-même. Ces prétendues règles ne sont donc qu'un plan de conduite. Des souverainetés individuelles en présence ont, elles, la liberté de se limiter, de s'imposer une loi sur les choses qui les regardent et qui ne regardent qu'elles.

Suivant M. Mill, tant que les volontés intéressées restent les mêmes, le lien subsiste. Seulement ces volontés pouvant changer, M. Mill ajoute qu'il est convenable, comme principe général, que, dans les choses qui n'ont trait qu'à la personne du contractant, le lien continue d'exister malgré le désaccord survenu.

Ce que je relève dans les observations de notre auteur, c'est la convenance, en d'autres termes l'utilité générale, qu'il assigne pour unique fondement à l'autorité de la loi privée que les parties se sont faite. N'y a-t-il pas, en dehors de l'intérêt général, de la convenance publique, un principe obligatoire, supérieur, qui assure l'inviolabilité des conventions licites? Est-ce que le devoir de tenir sa promesse n'est pas compris dans cette portion de la morale que le pouvoir doit sanctionner? Que la promesse soit la réalisation d'un devoir imparfait, parce qu'avant elle aucun droit n'y correspondait, ou même qu'elle ne soit que l'expression d'une volonté entièrement libre, est-ce qu'elle ne crée pas un titre, une cause de légitime attente pour celui auquel elle est faite? L'œuvre de l'accord des volontés individuelles dans la sphère où elles sont souveraines, est la base des relations humaines, la condition *sine quâ non* de toute

société, et a par conséquent le caractère d'une loi naturelle que l'État n'a ni le droit ni le pouvoir d'abolir.

Mais dans quelle sphère les volontés individuelles peuvent-elles ainsi s'enchaîner?

Dans la sphère des intérêts qui ne concernent qu'elles. Donc le lien ne se forme pas ou est modifié dans ses effets, s'il blesse le droit d'autrui; il ne se forme pas non plus, s'il blesse soit l'intérêt collectif de la société, soit l'intérêt de l'État. Des volontés individuelles réunies en faisceau n'ont pas, sous ce rapport, une liberté qu'elles n'auraient point dans leur isolement.

Si l'État doit respecter et faire respecter la liberté individuelle et les engagements licites qu'elle souscrit, ne doit-il pas au même titre la protéger contre elle-même, la défendre contre le suicide?

Dans notre pays et dans la plupart des pays civilisés, un engagement par lequel une personne se vendrait ou consentirait à être vendue comme esclave, serait nul et sans valeur. Je copie M. John Stuart Mill :

« La raison pour laquelle on ne se mêle pas, à moins que ce ne soit au profit des autres, des actions volontaires d'une personne, c'est la considération qu'on a pour sa liberté. Le choix volontaire d'un homme prouve que ce qu'il choisit ainsi est désirable, ou tout au moins supportable pour lui, et après tout on ne peut assurer mieux son bonheur qu'en lui permettant de le chercher où il le trouve. Mais, en se vendant comme esclave, un homme abdique sa liberté, il abandonne tout usage futur de cette liberté après cet acte unique; donc, il détruit dans son propre cas la raison pour laquelle on le laissait libre de disposer de lui-même. Il n'est plus libre, et, au lieu de cela, il est dès lors dans une position où l'on ne peut plus présumer qu'il demeure volontairement. Le principe de liberté ne peut pas exiger qu'il soit libre de n'être pas libre. Ce n'est pas liberté que de pouvoir renoncer à sa liberté. » (*La liberté*, p. 187-188.)

Si la question de l'indissolubilité de l'union conjugale offre des difficultés, c'est assurément par ce côté. La liberté n'implique pas le droit d'aliéner la liberté. L'une des prérogatives de l'homme libre n'est pas le pouvoir de se rendre esclave. Si la liberté est inaliénable, comment le mariage enchaînerait-il les époux à perpétuité? La stabilité et la durée étaient dans la

pensée du contrat, soit; mais comment, sous le prétexte du témoignage ancien d'une affection qui s'est évanouie, maintenir un lien devenu odieux à l'un des associés, peut-être à tous deux?

Je veux discuter l'objection de John Stuart Mill, qui a de la gravité, mais qui n'est pas décisive, et je me propose d'écarter toutes les analogies trompeuses qui ont été ou pourront être invoquées pour l'appuyer.

La question n'est soumise à l'influence du principe de la liberté individuelle qui s'en rapproche, qu'autant que des deux époux l'un veut l'anéantissement, l'autre le respect du lien. En effet, si le mariage est un contrat soumis aux principes qui régissent en général les contrats, il ne peut être brisé que par le concours des volontés qui l'ont formé, et il doit subsister tant que ce concours ne se réalise pas. Pourquoi le mariage formerait-il un contrat à part? Parce qu'il altère à toujours la liberté des contractants. Mais le résultat de tout contrat jusqu'à sa parfaite exécution, c'est l'altération partielle de la liberté. Si le mariage limite, il n'exclut point la liberté des époux, qui ne sont pas réputés asservis l'un à l'autre.

Reste l'intérêt du conjoint qui ne veut point de rupture, et cet intérêt a pour lui la garantie d'un engagement. Pourquoi cet intérêt ne prévaudrait-il pas? Aucun intérêt général ne paralyse la promesse que les époux se sont faite réciproquement de rester unis pendant toute leur vie? Que si surtout l'intérêt social, bien loin d'appeler, écarte l'idée d'une dissolution, on ne comprendrait vraiment pas la raison pour laquelle une loi, œuvre de deux volontés, pourrait être anéantie par une volonté unique.

Or il s'agit d'un contrat qui comporte, disons plus, qui réclame la perpétuité. Les regrets d'un des contractants, si motivés qu'ils soient, ne sauraient être pris en considération. Ce n'est pas au point de vue des intérêts individuels, c'est au point de vue des intérêts sociaux qu'il faut se placer pour admettre ou rejeter le divorce. Aussi, quand une législation le refuse à l'époux qui veut l'imposer à l'autre, elle le refuse encore quand les deux époux s'accordent pour le demander, elle le refuse même dans le cas où la violation des engagements par l'un des contractants permettrait, en matière ordinaire, de réclamer la résolution du contrat. Ce n'est pas la loi commune qui régit

l'association conjugale, c'est une loi spéciale à la spécialité de cette association.

Dirait-on que notre loi française est inconséquente, parce qu'elle n'admet ni le contrat de louage de services, ni le contrat de société pour la vie des contractants? Nous répondrions qu'on ne saurait assimiler la société conjugale à une société dont le but est le partage d'un lucre, et surtout à un louage dans lequel l'une des parties accepte le rôle de serviteur et d'agent de la volonté d'autrui, tandis que l'autre se réserve le droit de commandement. La prépondérance du mari et la subordination de la femme ne renferment rien qui rappelle les relations de maître à domestique; l'association formée, non pas seulement pour perpétuer la famille, mais pour mettre en commun les joies et les douleurs de l'existence, ne saurait être comparée à un contrat d'intérêt exclusivement pécuniaire. Nous écartons avec le plus grand soin toute idée qui relèverait d'une profession de foi, si respectable qu'elle puisse être, et nous cherchons la légitimité de la solution de la loi française dans l'intérêt social que les lois doivent sauvegarder.

Cette solution ne blesse pas la loi morale pour laquelle toute gêne apportée à la loi individuelle n'est pas un échec. Donc elle est dans le domaine du pouvoir de l'État, qui, en jugeant cette question, peut la juger bien ou mal, mais qui la juge compétemment.

A quel titre l'État dispenserait-il les époux de l'observation d'un contrat qu'ils ont fait pour toute la durée de leur vie? Serait-ce pour protéger leur liberté, en la relevant des engagements par lesquels elle s'est liée? Examinons.

Je n'oserais dire que l'État n'intervient jamais légitimement soit pour paralyser, soit seulement pour limiter la portée des contrats qui sont étrangers aux intérêts sociaux. Il n'est pas impossible que, dans la crainte d'un abus, dans l'appréhension d'une coupable exploitation de la liberté individuelle, l'État, présumant une violence physique ou morale, annule ou restreigne des obligations imprudentes, justement suspectes parce qu'elles impliquent de la part de ceux qui les souscrivent une incapacité au moins momentanée.

Toutefois, dans les solutions législatives qui peuvent s'annoncer avec ce caractère, il faut, je crois, reconnaître des motifs très-complexes ou au moins faire des distinctions. Pour-

quoi le législateur, en général, ne tient-il pas compte de la renonciation à une prescription à venir? Pourquoi interdit-il la soumission à la contrainte par corps? Pourquoi ne permet-il pas d'abdiquer, même par contrat de mariage, la faculté de faire un testament? Pourquoi détermine-t-il un maximum d'intérêt que la convention ne peut pas franchir? Pourquoi entre le patron et l'ouvrier fixe-t-il un maximum d'heures de travail pour les enfants, quelquefois pour les femmes, quelquefois même pour des adultes qui ne se recommandent à lui ni par le sexe ni par l'âge? La liberté au moment du contrat est frappée et atteinte, peut-on dire, pour mieux garantir, pour mieux ménager la liberté individuelle dans son avenir : lui interdire des actes irréfléchis, c'est la dérober au repentir; l'empêcher de s'immoler, c'est la faire vivre.

Je ne nie rien de tout cela. Mais je me tiens pour sûr que presque toujours le législateur a cédé principalement à une considération d'utilité générale.

La renonciation à une prescription à venir est inefficace. Comment pourrait-il en être autrement? Le législateur proclame l'impuissance de ses institutions, après un certain laps de temps, à faire certaines vérifications. Il proclame que ces vérifications n'ont pas sa foi, qu'elles sont privées des conditions qui pourraient inspirer confiance; et il autoriserait des individus à lui donner un démenti fondé, non pas sur des circonstances spéciales de fait, jugées par eux après l'accomplissement de la prescription, mais sur des éventualités inconnues, jugées par eux à l'avance et sans examen possible des faits particuliers, d'où naîtra la question de savoir si la présomption générale de la loi est ou n'est pas justifiée! Quand ils renoncent à une prescription accomplie, ils mesurent le danger auquel ils s'exposent; ils nient ce danger, en n'acceptant pas la protection que leur offre la loi; ils jugent une situation déterminée : mais ils ne pourraient juger que la loi, et ils la condamneraient, si, par anticipation, ils pouvaient promulguer comme une sorte de loi contre la loi, la promesse de ne pas se prévaloir d'une ressource que la prudence de l'État met à leur disposition.

Les individus n'ont pas le pouvoir d'affecter leur liberté à la garantie de leurs engagements. C'est que la contrainte par corps n'est pas une peine; c'est que fût-elle une peine, elle ne pourrait être infligée que par un supérieur, examen préalable-

ment fait des causes d'inexécution de l'obligation. Mais elle n'est qu'une épreuve de solvabilité, une épreuve qui enlève celui qui la subit à ses devoirs sociaux, à ses devoirs de famille au moins. N'y a-t-il pas un véritable intérêt public à empêcher les individus de disposer, de trafiquer de leurs personnes, à titre de sanction d'obligations d'un intérêt purement privé? La stipulation de ces sanctions, en face des incertitudes de l'avenir, constitue plus qu'une imprudence, elle fait redouter une pression, l'absence de la liberté. Cette stipulation est annulée parce que celui qui l'a souscrite est réputé ne pas avoir été libre.

On ne peut renoncer au droit de tester. Oui, parce que celui au profit duquel cette renonciation serait faite, aurait pactisé sur la succession d'autrui, et que ces pactes sont proscrits comme immoraux, remplis qu'ils sont d'espérances sinistres, de vœux homicides.

La loi, dit-on, proscrit la liberté dans les conditions du crédit et du prêt. La formule est inexacte. La loi ne croit pas à cette liberté, elle croit à la spéculation sur la détresse; elle veut enlever à la spoliation le masque d'un service ou au moins d'une affaire loyale et honnête. Je ne juge pas la loi, j'en scrute la pensée.

Quant à la détermination des heures de travail dans les fabriques, si cette détermination ne s'applique qu'aux enfants, il n'y a qu'un acte tutélaire pour des incapables. C'est l'extension, l'exagération même, si l'on veut, de cette idée de tutelle, qui explique les stipulations législatives au profit des ouvriers en général. On croit, et on a bien quelques raisons de croire, qu'ils n'ont pas traité sur un pied d'égalité avec leurs patrons.

Le mariage, au contraire, ne peut, comme mariage, se présenter avec un caractère suspect. Il est digne de tous les encouragements de la société. Il ne saurait élever contre les époux une présomption d'imprudence et d'incapacité. En imposant à ceux qui le contractent l'engagement de ne pas ébranler la stabilité qui est dans sa nature, la loi enseigne combien il faut apporter de maturité d'esprit, de sérieuse réflexion pour un acte irrévocable.

Notre loi française n'admet pas la perpétuité des vœux religieux. Non; notre loi française n'accorde sa sanction ni à la perpétuité des vœux religieux, ni même à aucuns vœux reli-

gieux, parce qu'elle n'a droit qu'à la souveraineté de la société civile, et que, si elle se chargeait de maintenir des liens purement spirituels, elle empiéterait sur un pouvoir auquel elle ne prétend pas; elle ne concentrerait plus son action sur les intérêts terrestres; elle deviendrait l'organe et l'instrument d'un culte, c'est-à-dire que, sous prétexte d'étendre ses attributions, elle relèverait du pouvoir d'une église.

Ce n'est pas pour protéger la liberté du prêtre contre son contrat, contre sa propre abdication, que la théorie, qui ne voit dans son caractère de ministre du culte catholique ni un empêchement dirimant ni même un simple empêchement prohibitif, l'admet au mariage. Elle nie l'existence civile du contrat religieux. « Il ne s'agit pas dans cette question, dit M. Demolombe, d'une convention civile. Ce n'est point envers l'État que le prêtre a pris l'engagement de ne pas se marier, c'est uniquement envers ses chefs spirituels; il a fait un vœu, il n'a pas fait un contrat; et l'État n'a pas garanti à l'Église l'exécution de ce vœu. De ce que l'État ne s'oppose pas à ce que le prêtre, lors de son ordination, prenne, en face de l'Église, certains engagements, il ne s'ensuit pas du tout qu'il les garantisse ou plutôt qu'il en change le caractère, et qu'il transforme en obligations civiles des obligations purement religieuses. » (T. III, n° 131, C.)

Les adversaires de cette théorie se prévalent, au contraire, du principe que les conventions légalement formées sont obligatoires, et ils soutiennent que la convention faite avec l'évêque est légale, qu'elle se fait avec la participation immédiate ou au moins médiate du gouvernement, et qu'elle revêt ainsi un caractère juridique.

La question de liberté du contrat civil n'est donc point engagée dans la doctrine qui interdit le mariage aux ministres du culte catholique, puisqu'elle nie l'existence du contrat civil, et c'est cette liberté qui est invoquée par la jurisprudence qu'elle combat.

Ce n'est pas que le pouvoir social n'ait pas titre pour sauvegarder la liberté individuelle contre elle-même; mais, en général, il n'use et il ne doit user de ce titre qu'autant que l'abdication de la liberté individuelle nuirait à la société. Il ne se prévaudra jamais d'un pareil titre, s'il juge que la restriction que cette liberté s'impose à elle-même est conforme aux besoins sociaux.

Voilà pourquoi la loi peut très-légitimement proclamer l'indissolubilité du mariage. Elle se borne à faire respecter un contrat, quand l'un des époux en réclame l'exécution. Elle s'impose, au contraire, aux libertés individuelles, quand les époux s'accordent pour anéantir le lien qu'ils avaient librement formé.

On pourrait citer, comme exemple des cas dans lesquels la loi intervient pour relever la liberté individuelle des liens auxquels elle s'est soumise, la jurisprudence qui annule les promesses de mariage. Mais, si la loi ne tient pas compte de ces promesses, n'est-ce pas seulement parce qu'elle les présume le résultat de l'entraînement, parce qu'elle considère que, si elles sont réfléchies, avouées par la raison, elles n'ont pas besoin de sanction extérieure, et que si, au contraire, elles sont l'œuvre d'un caprice, d'une séduction, d'une surprise, elles sont indignes de faveur, à ce point que le véritable intérêt de celui auquel on les a souscrites, comme de celui qui en est le souscripteur, est de les tenir pour non avenues? A quoi serviraient toutes les garanties dont la loi entoure la formation de l'union conjugale, si, en dehors de ces garanties, à huis clos, dans l'ombre et le mystère, les futurs, sans s'unir, pouvaient s'obliger à s'unir. C'est moins par violence que par incrédulité que la loi repousse un lien suspect.

La promesse de ne pas se marier ne lierait pas celui qui l'aurait faite. A qui constituerait-elle un droit acquis? Si elle impliquait une promesse *d'assurer succession*, elle ne renfermerait qu'un vice de plus.

Peut-être est-ce à la disposition qui permet à chaque associé de rompre une association formée pour un temps indéfini, qu'il faudrait se rattacher pour trouver une protection accordée par la loi à la liberté individuelle contre ses actes. Mais, dans cette hypothèse encore, le législateur obéit plus à un intérêt public qu'à un intérêt privé. La concorde et la confiance étant l'âme de toute société, la condition de sa vie et de sa prospérité, comment, sans espérance de profit, quand le but est irrévocablement manqué et malgré les plus grands risques de trouble, maintenir enchaînés des individus qui s'étaient promis d'être presque des frères et qui sont peut-être aujourd'hui d'implacables ennemis?

La loi ne reconnaît plus de rentes perpétuelles, puisqu'elle ne

permet plus de les rendre irrachetables. Elle proscrit la perpétuité dans les baux. C'est dans les deux cas la liberté de la propriété qu'elle assure, avec un motif de plus dans le second cas, l'intérêt d'une bonne culture.

La loi limite à trente ans la durée de l'usufruit constitué au profit d'une personne civile (art. 619 C. N.), d'un établissement public, qui, ne vivant que d'une vie artificielle, n'est pas exposé à la mort naturelle. Pour quelques-uns, cette disposition n'est qu'une présomption d'intention. Mais, je le veux, c'est une disposition impérative. C'est cette séparation de l'usufruit et de la nue propriété à toujours, c'est-à-dire cette servitude réciproque de l'usufruitier et du nu-propriétaire que la loi interdit. C'est l'expression de la pensée qui a frappé les substitutions. La liberté du constituant serait destructive, dans un avenir indéfini, de la liberté des usufruitiers successifs qui n'auraient pas la souveraineté de la chose sur laquelle leur droit se réduirait à un droit de jouissance et aussi de la liberté des nu-propriétaires, armés d'un titre vain et impuissant.

Il ne faut pas confondre la question que nous examinons avec une question voisine, la question de la nullité dont la loi frappe certaines conditions, quand elle les rencontre dans des actes de libéralité, ou de la nullité dont même elle frappe les conventions entières à titre onéreux, quand ces conditions les souillent.

La loi n'empêche pas, en général au moins, les abdications partielles de la liberté individuelle. En tant qu'elles ne touchent qu'à l'intérêt de l'abdiquant, pourquoi ne seraient-elles pas respectées? Mais si les abdications peuvent porter sur des pouvoirs, elles ne sauraient comprendre des devoirs, non-seulement exigibles, mais imparfaits; les abdications de devoirs compromettraient l'intérêt d'autrui ou l'intérêt social.

C'est sous l'inspiration de ces idées qu'il faut examiner la valeur de certaines conditions qui restreignent la liberté, tantôt de l'un, tantôt de plusieurs des contractants, ou la liberté d'un légataire.

Un testateur impose l'obligation de se marier à la personne qu'il gratifie. L'acceptation du legs, c'est l'abdication du droit de rester célibataire. L'abdiquant n'engage que lui-même, et son engagement est plutôt profitable que nuisible à la société.

Le testateur impose l'obligation de prendre un certain état, de suivre une carrière. En se soumettant à cette condition, le légataire n'expose que lui-même, puisque la société sera garantie par les règles d'admission.

Pourtant, s'il s'agissait de l'état ecclésiastique, l'obligation de se faire prêtre, souscrite sans vocation, au mépris d'une vocation contraire, et cela par l'appât de la fortune, ne met-elle pas en péril un intérêt étranger à l'intérêt de l'obligé, l'intérêt d'autrui, un intérêt social? — L'autorité ecclésiastique est là pour écarter les indignes!—Oui, mais a-t-elle des moyens sûrs pour reconnaître les hypocrites? Elle finira par les découvrir, elle les frappera d'interdit, absolument comme l'autorité civile destitue les fonctionnaires incapables ou prévaricateurs! — Mais le mal qu'aura fait le mauvais prêtre ne sera pas aussi facilement réparable que le mal fait par le mauvais fonctionnaire civil; il laissera dans les esprits, dans les cœurs, des traces plus durables et plus désastreuses que les violations d'un mandat civil. Le sacerdoce implique la nécessité de sacrifices, d'abnégations, que ne réclament pas les professions civiles; et justement parce que les promesses coûtent plus à tenir, qu'elles portent bien moins sur un certain emploi de la liberté que sur l'immolation de libertés importantes, ne convient-il pas que ces promesses ne soient faites qu'en dehors de tout intérêt pécuniaire, en dehors de toute pression de la cupidité?

Le testateur impose l'obligation de faire un certain mariage. La condition n'est relative qu'à l'intérêt du légataire. Elle est valable; elle ne cesserait de l'être qu'autant qu'elle imposerait la violation de quelque devoir.

Le testateur impose l'obligation de ne pas faire un certain mariage. La question est plus délicate. Personne ne peut avoir contre le légataire un droit exigible de se faire épouser. Le légataire n'a donc pas d'obligation parfaite. Mais il peut avoir contracté des devoirs imparfaits; il a peut-être des enfants à légitimer, peut-être l'honneur à rendre à une femme qu'il a séduite. La condition sera ou ne sera pas valable, suivant qu'elle ne blessera pas ou qu'elle blessera les intérêts d'autrui.

Le testateur impose l'obigation au légataire de changer de religion, de se faire catholique, protestant. Le légataire est juge de son intérêt religieux; tant pis pour lui s'il le sacrifie à un intérêt d'argent; c'est l'exercice de sa liberté.

Le testateur impose l'obligation à un père d'élever ses enfants dans une religion autre que la sienne, ou seulement dans une certaine religion. Oh! voilà l'intérêt d'autrui qui apparaît, l'intérêt des enfants! voilà la magistrature domestique enchaînée à une loi qui pourrait bien ne pas être celle de sa conviction au moment où elle obtiendrait son obéissance! La condition est nulle.

Je demande à des considérations qu'elles n'invoquent guère, la justification des solutions que la doctrine et la jurisprudence professent et sanctionnent. Je suis tout disposé à les accepter comme vraies. Pourtant, sont-elles à l'abri d'objection?

Les conditions que je valide, bien qu'elles soient des atteintes, apparentes au moins, à la liberté individuelle, sont-elles inviolables, parce qu'après tout elles ne sont que des conséquences de la liberté de contracter ou de tester? Sans doute, le contrat et le testament peuvent dicter des lois qui ne rentreraient pas dans le domaine du pouvoir social; le jeu varié des relations humaines peut amener, en vue des situations particulières, des stipulations que la société n'aurait aucun titre pour formuler. Mais, si le cocontractant, si le testateur dispose comme législateur d'une souveraineté qui n'appartient pas au pouvoir social, à quel titre en est-il saisi? Son titre, c'est son intérêt, qui peut se mouvoir en toute indépendance, en tant qu'il ne heurte pas la justice. Son intérêt est primé par la loi du juste et de l'injuste. Mais s'il ne viole pas cette loi, il faut bien lui donner les moyens de se sauvegarder, de se régulariser, en se conciliant avec un autre intérêt ou même en se subordonnant à un autre intérêt.

Mais si le titre du contractant ou du testateur est l'intérêt limité par la justice, comment légitimer une volonté contractuelle ou testamentaire, même très-morale, qui ne repose que sur un caprice? Comment et pourquoi une souveraineté individuelle peut-elle s'imposer à une autre souveraineté individuelle, son égale, si elle n'a pas pour raison et pour excuse un avantage matériel ou moral qu'elle veut conquérir?

Les champions de la liberté individuelle, ceux qui veulent la défendre contre toute possibilité d'empiétement de l'État, et qui, par une contradiction peut-être, veulent charger l'État de la défendre contre elle-même et spécialement contre toute tentation d'abdiquer, ne se sont-ils pas trop préoccupés de la perpétuité des liens, et n'auraient-ils pas dû plutôt s'enquérir de

la base et du but de ces lieus? A quel titre un testateur m'impose-t-il la condition de changer de religion? A quel titre m'interdit-il une certaine profession? A quel titre même m'impose-t-il ou m'interdit-il un certain mariage? S'il a un intérêt matériel ou moral, qui ne soit pas illégitime, pour me dicter cette condition, je veux qu'on la respecte. Mais si sa volonté est absolument désintéressée, si elle n'a pas un fondement qu'une société honnête puisse avouer, si elle est fille de quelque mauvais et insoutenable préjugé, si elle n'est qu'une excentricité ou un acte d'hostilité contre la personne à laquelle elle s'adresse ou contre les tendances de la civilisation et du progrès, n'est-elle pas une usurpation, un acte tyrannique? Pourquoi ne pas la biffer, si elle s'est introduite dans un acte de donation ou dans un testament, c'est-à-dire dans des actes qui ont pour fondement et pour cause une pensée de bienfaisance? Mais, dans des actes où chacun est censé ne vouloir céder que l'équivalent de ce qu'il reçoit, c'est-à-dire dans des actes qu'on ne saurait purger d'une condition illégale sans s'exposer à tromper la confiance des contractants, pourquoi ne pas prononcer la nullité du contrat, en proclamant qu'il n'y a pas eu concours de consentements, qu'il n'y a pas certitude au moins qu'ils aient été adéquats? Pourquoi ne pas annuler, pour cause d'erreur, des actes à titre onéreux qui laissent de grands doutes, de sérieuses incertitudes sur la pensée dont ils sont l'expression?

Répondrait-on que ce serait un grand échec à la liberté de contracter et à la liberté de tester? Il n'y a pas de libertés sans limites. La liberté individuelle elle-même n'est légitime que parce qu'elle répond à l'intérêt de celui auquel elle appartient. Le droit de chacun ne s'étend pas toujours jusqu'à la mesure de son intérêt. Mais comprend-on le droit, le droit social, sans intérêt?

Au reste, j'indique plutôt ici le point vraiment digne de la controverse que la solution qu'elle doit recevoir. Je m'efface; oui, mais pour reprocher aux juristes, et j'ajoute aux philosophes, de n'avoir pas assigné au système qu'ils suivent ses fondements vraiment rationnels, et de ne pas avoir discuté, s'ils l'ont vu, le système qui pourrait lutter avec leur système d'adoption.

A. BERTAULD.

L'ALIÉNATION MENTALE

EST-ELLE UNE CAUSE LÉGALE D'INTERRUPTION DE L'EXÉCUTION DES PEINES?

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

I. — Hypothèses et position précise de la question.

L'aliénation mentale est-elle une cause légale d'interruption de l'exécution des peines?

La question ainsi posée est trop générale; — mon intention n'est pas de parcourir tous les degrés du cercle de la pénalité,

Je me circonscris donc et je précise :

On peut disposer en trois catégories, de la manière suivante, les *peines principales* qui constituent notre système répressif:

La peine capitale,
Les peines privatives de la liberté,
Les peines pécuniaires.

J'admets les solutions de la doctrine en ce qui concerne *les peines pécuniaires:* — la démence n'est point un obstacle à l'exécution des jugements sur *les biens* du condamné; — *sur les biens seulement,* car il va de soi que la *contrainte par corps* ne pourrait être légalement exercée contre celui qui n'a plus la disposition de ses biens ni de sa personne.

En ce qui concerne *la peine capitale*, je fais mes réserves pour traiter la question ultérieurement.

Je me borne donc aujourd'hui à l'examen de la question relativement *aux peines privatives de la liberté,* et pour en faire apprécier l'importance aussi bien que la portée, on me permettra de l'exposer au moyen de trois hypothèses.

Première hypothèse. — *Un condamné* pour délit *à trois ans d'emprisonnement est, après* une année *de détention, transféré dans* un hospice *pour cause d'aliénation mentale, il y recouvre la raison après* deux ans *de soins; — il demande sa mise en liberté. — Doit-elle lui être accordée ou refusée?*

N'a-t-il pas suffisamment exécuté sa peine *de trois ans d'emprisonnement* par ces *trois années de détention effective?*

La décision dépend du point de savoir :

S'il a *continué de subir dans l'hospice la peine qu'il avait commencé d'exécuter dans sa prison.*

Si oui, il doit être mis en liberté;

Si non, il doit être *réincarcéré :* il lui reste encore à subir *deux années* d'emprisonnement.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le condamné est un récidiviste contre lequel* le tribunal correctionnel *a prononcé* dix années *d'emprisonnement (art. 58 C. pén.). — Après* une année *de détention il est, pour cause de démence, transféré dans un établissement d'aliénés ; — il y passe* neuf années *et y recouvre la raison.*

Notons ici qu'en vertu de l'article 636 du Code d'instruction criminelle *les peines correctionnelles*, c'est bien notre cas, se prescrivent par le *fait matériel du laps de cinq années* écoulées sans exécution du jugement, et cela quelle qu'ait été la cause qui ait suspendu cette exécution [1].

Devra-t-on, après *ces dix années* de détention, réincarcérer notre condamné pour *neuf années* encore, ou le rendre à la liberté?

Cela dépend, comme précédemment, de la question de savoir :

S'il a continué de subir dans la maison de santé la peine qu'il avait commencé d'exécuter dans la maison centrale.

Si oui, il doit être mis en liberté ;

Si non,..... Mais le cas est ici différent : — comme il s'est alors écoulé *neuf années* sans que le jugement ait *pu être exécuté*, n'a-t-il pas, aux termes de l'article 636 précité, *pleinement et au delà prescrit sa peine*?

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *C'est un condamné aux* travaux forcés à perpétuité. *Après* une année *passée au bagne, il est enfermé, pour cause de démence, dans une maison d'aliénés.* Après

[1] Les articles 635 et 636 indiquent simplement comme condition de la prescription *la révolution de cinq ou vingt ans accomplis* sans exécution (Cass., 20 juillet 1827; *B. crim.*, n° 189), — et la législation n'admet aucune cause d'interruption. — La maxime *Contra non valentem agere non currit præscriptio* n'est pas applicable en matière criminelle ; — *sic* MM. Faustin Hélie et Adolphe Chauveau. (*Théorie du Code pénal*, t. II, p. 261.)

vingt années *sa guérison est obtenue, il réclame alors sa mise en liberté.*

Notons encore qu'il suffit du *laps matériel* de ces *vingt années* écoulées sans que l'arrêt criminel *ait pu être exécuté*, pour opérer la prescription de sa peine[1] (art. 636 du Code d'instruction criminelle).

Cela admis, mettra-t-on notre condamné en liberté ou le réintégrera-t-on au bagne pour le reste de ses jours?

S'il a continué de subir dans son cabanon d'aliéné la peine qu'il avait commencé d'exécuter au bagne, il devra y être réintégré pour y subir le restant de sa peine.

Si non, — c'est-à-dire, si son internement dans la maison d'aliénés a interrompu et *empêché pendant vingt ans* l'exécution de sa peine, *la prescription s'est accomplie*, il doit être mis en *liberté.*

Un forçat condamné aux travaux forcés *à perpétuité*, libéré *après une année seulement de chaîne*, pour avoir *prescrit* sa peine sous la main même de l'autorité chargée de la faire exécuter, — quelle solution étrange!

La difficulté qui surgit de ces trois situations ne peut mieux se préciser que par les deux branches de ce dilemme :

Ou la *durée de la détention* du condamné dans l'établissement des aliénés compte pour *l'exécution de la peine*, ou non.

Dans le premier cas, il subit sa peine;

Dans le deuxième, il l'a prescrit.

Il prescrit, s'il n'exécute pas, — pas de moyen terme possible.

La difficulté soulève, on le voit, deux questions parfaitement tranchées :

Une question d'exécution de peine et

Une question de prescription.

Cette dernière question ayant été résolue dans le sens de la prescription acquise[2], je ne l'indique que pour signaler les conséquences des solutions à adopter sur la première question, la seule qu'il soit dans mon dessein d'examiner, ainsi que je l'ai dit en commençant.

[1] V. la note précédente.

[2] V. la note n° 1.

II. — Décision des auteurs sur la question.

Il est une règle qui, en matière d'exécution des peines, ressort comme un principe d'ordre public de toutes les dispositions de notre législation : c'est que ***les peines doivent être subies sans interruption.***

Sans interruption ! La loi n'ayant nulle part admis des exceptions à cette règle, et la jurisprudence n'ayant jamais cessé de proclamer cet autre principe[1] : — qu'on ne pouvait ajouter aux lois qui concernent la liberté individuelle, ni y suppléer sous prétexte de les compléter ou rendre meilleures, il semblait juridique d'admettre que ***la démence ne pouvait*** (en l'absence d'une disposition qui l'eût formellement déclaré) ***être considérée comme une cause légale d'interruption à l'exécution des peines.***

On en a pourtant autrement décidé : — Les auteurs qui, sans l'approfondir, ont touché la question, ont en effet considéré, je ne sais vraiment pas pourquoi, ***le silence de la loi*** sur ce point comme ***une lacune***, et en ont pris texte pour créer une ***exception*** que la généralité de ses principes ne comportait pas.

Ils ont décidé que « ***l'expiation et l'amendement du con-*** « ***damné*** étant le but essentiel des peines, il y avait contra- « diction à admettre qu'elles peuvent être régulièrement subies « par ceux qui cessent d'avoir ***conscience de leur exécution*** et « qui se trouvent dans l'impossibilité d'en comprendre ***la por-*** « ***tée et d'en ressentir les effets salutaires au point de vue de la*** « ***répression*** ; — que l'aliénation mentale est un cas que la loi, « il est vrai, n'a point prévu, mais qui place le condamné dans « une situation tellement anormale qu'on ne doit pas hésiter « à considérer le silence de la loi comme ***une lacune*** et dé- « cider que ***la démence est une cause légale d'interruption dans*** « ***l'exécution des peines.*** »

J'apprécie toute la force de l'argumentation sur laquelle cette

[1] On est si porté à s'exagérer la mission de la jurisprudence et à méconnaître les limites du droit d'interprétation, qu'on ne saurait trop souvent mettre sous les yeux les sages règles que la Cour de cassation a consacrées en pareille matière ; « Il est du devoir des tribunaux d'appliquer les lois telles qu'elles sont, sans se permettre de raisonner sur les inconvénients qu'ils croient apercevoir dans leur exécution littérale ou sur le perfectionnement dont elles sont susceptibles. Anticiper sur le perfectionnement qui est dans les attributions du pouvoir législatif, c'est commettre un excès de pouvoir. » (Cass., 15 juillet 1807.)

décision s'étaye; mais je doute fort que la doctrine *de l'expiation à outrance* qui l'a inspirée doive ici prévaloir sur les principes de la loi, et j'ai même quelque raison de croire qu'à transporter ainsi la question du terrain de l'interprétation sur celui des théories philosophiques, il ne serait pas difficile de trouver dans la situation et l'état mental même des condamnés aliénés des considérations suffisantes pour justifier cette conclusion contraire : — que, loin d'être un point d'arrêt dans l'expiation du crime, la démence du coupable en est au contraire la plus cruelle expiation, et qu'il est assez puni celui à qui les regrets, les remords et la honte ont enlevé le sentiment de la peine avec l'usage de la raison ;

La sagesse et la piété des jurisprudents de Rome avaient ainsi apprécié *ce châtiment des dieux* (la folie) à en juger par cette belle maxime : *furiosus, satis furore punitur.*

Mais nous n'avons que faire ici des théories doctrinales et des appréciations psychologiques; — nous sommes en présence d'une question d'interprétation, et comme après tout mon intention est moins de critiquer l'opinion des auteurs que de signaler les quelques raisons de décider le contraire sur lesquelles ils ont un peu rapidement passé, j'ai hâte de replacer la difficulté à son véritable point de vue.

III. — Motifs en faveur d'une solution contraire

De quoi s'agit-il donc? — Uniquement, en ce qui concerne la loi, de savoir si *son silence* sur ce point est *une lacune* ou bien s'il n'indique pas *la pensée de n'admettre aucune espèce d'exception à la règle de l'exécution continue des peines.*

Voici, quant à moi, aussi brefs que possible, les motifs qui me semblent se disposer en syllogisme en faveur de cette dernière opinion ;

La loi pose en principe que les *peines seront subies sans interruption.*

Elle ne déclare nulle part qu'il soit nécessaire d'être sain d'esprit et de corps pour les subir, ni que la démence en puisse interrompre l'exécution commencée.

Donc, son silence est moins une *lacune* que la preuve de son intention de maintenir son principe sans exception.

Il y a plus, et alors même qu'on pourrait le considérer comme *une lacune,* ce ne serait pas toujours à la doctrine à la

combler, mais au législateur auquel il appartient de corriger et compléter les lois [1], et l'on devrait, en attendant une loi nouvelle, appliquer dans toute son étendue la règle établie.

Dans tous les cas et en admettant qu'il pût y avoir *doute*, on devrait encore se décider en faveur de la *généralité* de la règle contre les partisans de *l'exception*, parce que dans le doute il faut se prononcer en faveur de la liberté des personnes : — *in dubio semper benigniora præferenda sunt.*

IV. — Autres motifs tirés de la loi du 4 vendémiaire an VI, concernant la garde des détenus.

Mais pour qui cherche la vérité, le doute est une extrémité pénible et la maxime romaine une triste ressource pour une solution; — serons-nous cependant tellement au dépourvu d'éléments de décision, qu'il faille nous réjouir et nous contenter d'un pareil expédient? — Non; — si rares que soient les textes, il en est encore assez pour ne pas nous laisser indécis sur la pensée véritable du législateur.

Les articles 15 et 16 encore en vigueur [2] de la loi du 4 vendémiaire an VI, sur la garde des détenus, portent :

ART. 15. — Les administrateurs municipaux et tous autres ayant la police des prisons *ne pourront faire passer les détenus dans les hospices de santé sous prétexte de maladie* que du consentement, pour les prisons, du préfet du département.

ART. 16. — Dans le cas où *la translation dans les hospices de santé sera reconnue nécessaire, il sera pourvu dans ces hospices à la* GARDE DES PRISONNIERS à la diligence de ceux qui auront autorisé et consenti la translation.

En quoi ces dispositions, qui se bornent à déclarer qu'on *peut transporter dans les hospices les prisonniers malades*, sans que ces malades cessent d'y être *prisonniers*, peuvent-elles servir à la solution de la difficulté?

La voici :

En l'an VI, comme aujourd'hui, deux règles fondamentales régissaient l'exécution des peines.

I. La première, nous l'avons déjà indiquée, est *que les peines soient subies sans interruption ;*

[1] V. la note précédente.

[2] V. la circulaire du ministre de la justice, du 10 septembre 1822.

II. La seconde, *qu'elles ne peuvent être légalement subies que dans les lieux désignés pour servir de prison.*

C'est dans l'application *simultanée* de ces deux règles que consiste la régularité de l'exécution ; cette *simultanéité* en est comme la condition essentielle. Rien de mieux lorsqu'elle est possible ; mais il n'en est pas toujours ainsi.

Tel est le cas où une maladie grave, s'opposant à l'application de la deuxième règle, « rend *nécessaire la translation d'un prisonnier* » hors de sa prison. — A quoi va se résoudre le législateur?

Il a le choix :

Ou de sacrifier le principe de l'*exécution continue*, à la condition de l'*application simultanée* des deux règles, en décidant que l'exécution de la peine *sera interrompue* pendant le temps que le malade passera hors de sa prison ;

Ou de sacrifier, au contraire, la condition de la *simultanéité* pour sauvegarder le premier principe en statuant que, par exception à la deuxième règle, *l'exécution de la peine ne sera pas interrompue.*

Le législateur s'est prononcé pour ce dernier parti ; — mais en disposant que l'exécution de la peine ne serait pas interrompue, il a fait plus que de sacrifier la règle de l'exécution *in carcere*, il a implicitement avoué que son principe de prédilection, celui auquel il n'entendait jamais déroger pour ne pas prolonger, sans doute, l'asservissement des condamnés, était celui de l'*exécution continue de la peine.*

Si cette analyse de la loi est exacte, si telle est la pensée intime de la loi, voici les conclusions qu'elle nous impose :

1° Le silence de la législation sur la question dont il s'agit n'est pas une *lacune*, il atteste l'intention de maintenir intact le principe de l'*exécution continue*.

2° Il était nécessaire, pour que la translation d'un prisonnier malade hors de sa prison fût légalement possible et n'entraînât pas l'*interruption de l'exécution pénale*, qu'un texte formel permît de déroger dans ce cas à la règle de l'exécution *in carcere.*

3° S'il a fallu un texte précis pour fonder ainsi cette exception à la règle de l'exécution *in carcere*, un texte n'est pas moins indispensable pour fonder une exception à la règle de l'exécution *continue des peines*, et ce texte n'existe pas.

4° En l'absence de toute dérogation à cet égard, la *démence*, pas plus que les maladies ordinaires, ne peut donc être considérée comme une cause légale d'interruption dans l'exécution des peines.

V. — Cette loi de vendémiaire an VI ne distingue pas. Ses dispositions sont générales et peuvent s'appliquer aussi bien aux condamnés aliénés qu'aux prisonniers simplement malades.

La généralité des articles 15 et 16 de la loi du 4 vendémiaire an VI me semble d'ailleurs favoriser cette opinion.

Quant aux expressions?

Rien, en effet, de plus général que la rédaction de leur disposition : la qualification d'*hospices de santé*, en tenant compte surtout de l'époque où la loi a été rédigée, ne convient-elle pas aussi bien aux *établissements d'aliénés*, vulgairement désignés sous le nom de *maisons de santé*, *hospices des aliénés*, qu'aux *hospices* ou *hôpitaux ordinaires?* est-ce que, d'un autre côté, l'expression de *maladie* ne pourrait point s'appliquer *aux maladies* qui affectent l'*état mental?* — Ne serait-il plus un terme générique comprenant toutes les *affections pathologiques* qui peuvent affliger l'humanité? — Pourquoi distinguer entre les *maladies du corps* et celles *de l'esprit?* — Quand la loi dit *maladies* en général, elle ne distingue pas. — Est-ce que, sous le rapport de *la nécessité de la translation* (lorsque la translation *sera reconnue nécessaire*, porte l'art. 15), il y a surtout quelque différence à faire entre les unes et les autres? — Aucune.

Et quant aux situations?

Vous voyez ici une différence, laquelle? — C'est que les *maladies organiques* n'enlèvent pas, comme les *maladies mentales*, le sentiment de la peine, sentiment indispensable pour qu'il y ait *expiation*, c'est-à-dire *peine*.

Cela serait, qu'entre le malade ordinaire et l'insensé on ne devrait pas distinguer encore, en ce qui concerne du moins l'*expiation*; — il importe de bien s'entendre sur la valeur des mots pour ne pas s'égarer dans l'appréciation des choses. — La question est délicate; précisons :

Qu'est-ce qui constitue l'*expiation pénale* proprement dite dans l'exécution des peines privatives de la liberté, sinon la *privation même de la liberté ressentie par le détenu?* Si cela est,

il n'est pas de différence réellement appréciable sous ce rapport entre l'*infirme* qui, ayant perdu la possibilité de la liberté, cesse par suite d'en ressentir la privation pénale, — et l'insensé qui n'ayant oublié que la cause de sa détention sans perdre le désir de la liberté, souffre d'autant plus de sa privation qu'*il cesse* d'en comprendre la justice [1].

Pour celui que la souffrance retient captif, la détention conserve bien son *caractère pénal*, mais non ses *effets afflictifs*. De quoi, en effet, le prive-t-elle? il ne pourrait pas même s'évader.

Pour l'insensé, c'est le contraire; sa détention a bien, il est vrai, perdu pour lui *son caractère pénal*, puisqu'il n'en comprend plus ni la justice ni la cause; mais cela même en aggrave les *effets afflictifs;* il ressent donc plus vivement que le malade la perte de sa liberté; il n'a plus même comme lui la ressource de la résignation [2], ni l'espérance de la grâce par l'amendement; il se croit victime de l'arbitraire, et son cabanon est le pire de tous les cachots.

Quoi qu'il en soit, pour l'un comme pour l'autre la *maladie l'emporte sur la peine :* ils souffrent, mais ils n'expient plus.

Ils n'expient plus; — cela est peut-être moins exact pour l'*insensé* que pour le malade; — sa folie a des *intervalles lucides* nombreux; la science les a constatés. — N'en faut-il pas tenir compte pour être juste?... Qui pourra jamais dire les douloureuses tristesses de ces intervalles pendant lesquels aux horreurs de sa situation viendront nécessairement s'ajouter l'horreur et le sentiment de la peine? — N'est-ce pas là de l'expiation, et une expiation cruelle encore? Pourquoi donc traiter plus durement celui qui expie davantage et dont le malheur a déjà plus que satisfait la justice de l'opinion publique?

Parce qu'il n'est pas détenu comme *prisonnier*, mais seulement comme *malade;* — mais il en est de même du *prisonnier malade* détenu à l'hôpital; — ce dernier est, il est vrai, écroué et soumis à une surveillance spéciale en vertu de l'article 16 de la loi du 4 vendémiaire précitée [3]; — mais rien ne s'oppose à ce

[1] Nul n'ignore que la folie, loin de diminuer le besoin de la liberté, l'excite, surtout chez les furieux, en proportion même de l'énergie de leur délire et de la rigueur de leur détention.

[2] Où la puiserait-il? dans le souvenir et le repentir du crime? Il a tout oublié, il n'a plus même le sentiment de sa personnalité.

[3] Un décret du 8 janvier 1810 a déterminé les moyens de surveillance auxquels les malades doivent être soumis.

qu'il en soit ainsi pour l'"autre; « *ne peut-il être pourvu à sa garde,* comme le veut l'article 16? N'y est-il même pas suffisamment pourvu par le régime plus sévère auquel il est soumis dans l'hospice des aliénés? — Il suffirait, pour que cela devînt *légalement* possible, de reconnaître la véritable portée de l'article 16. Ses expressions sont assez générales pour autoriser une plus large pratique sur ce point.

Quel dernier scrupule pourrait ici vous arrêter encore?

La loi du 30 juin 1838 sur les aliénés; — je viens de la lire, et il n'est aucune de ses dispositions dont l'exécution ne soit compatible avec les articles précités.

VI. — Le système de l'interruption dans l'exécution des peines, apprécié par ses conséquences.

Mais entrons plus avant dans la pratique des choses; l'application de la doctrine des auteurs en relèvera peut-être mieux les vices et l'insuffisance.

« L'expiation est la condition de la peine; — qui n'expie pas ne l'exécute pas. La démence enlevant le sentiment de la peine, interrompt son exécution. »

Voilà la doctrine dans toute sa force; — éprouvons-la dans ses conséquences :

La loi de 1838 sur les aliénés n'autorise les préfets à faire enfermer et à détenir comme tels que ceux « *dont l'état mental est de nature à compromettre l'ordre public et la sûreté des personnes.* » Ne l'oublions pas.

Or voici un forçat qui a complétement perdu l'usage de sa raison, seulement sa folie est douce, inoffensive et n'inspire aucune espèce de danger; il a, avec sa raison, complétement perdu le *sentiment de sa peine, — il n'expie plus.* Pourquoi le détenir alors dans un établissement où ne doivent être détenus que ceux qui expient? C'est le cas ou jamais d'ouvrir pour lui les portes du bagne, et de le rendre à sa famille qui réclame le devoir de le soigner. — Il peut guérir; — cela est vrai; mais, en attendant, il a droit à la liberté en vertu de votre principe; il n'est *pas assez furieux* pour être enfermé dans un établissement d'aliénés, il est *trop fou* pour rester dans un établissement pénitentiaire; — comment pourvoir à cette situation?

Par la grâce? — Vous tranchez le nœud sans le résoudre; — la grâce est une faveur; le coupable en est indigne, et vous en

faites un expédient; — voilà où conduit votre système; il a fléchi dans ses conséquences; il est jugé.

L'application de notre système donnerait lieu à moins d'embarras : — idiot ou furieux, notre condamné est un *malade*. — Ordonnez sa translation dans un hospice de santé, en vertu de l'article 15 de la loi du 4 vendémiaire an VI, pourvoyez à sa garde, conformément à l'article 16, il y subira sa peine et ne sera mis en liberté qu'après son exécution. Point de difficulté.

Autre cas : — ce détenu, enfermé d'abord comme *furieux* dans une maison d'aliénés, est devenu un maniaque inoffensif et incurable ;

Si c'était un simple détenu pour cause d'aliénation mentale, un malade ordinaire, l'administration n'hésiterait pas à le confier à sa famille; doit-elle rendre ce condamné à la liberté? — Pas encore, répondront les magistrats du ministère public chargé de surveiller l'exécution des peines; — ce n'est pas là un détenu ordinaire, s'il n'était malade, il serait prisonnier : il est privé de sa liberté par sa condamnation; — il n'y aura droit qu'après l'avoir exécutée. — Il est donc, de votre aveu, à la fois *prisonnier* comme *condamné* et comme *malade*, — mais alors c'est le cas de la loi du 4 vendémiaire an VI; — il subit sa peine; vous aurez donc à compter pour son exécution la durée de sa détention.

La force des choses a ainsi par deux fois démontré les inconvénients et la faiblesse de votre doctrine, au grand avantage de la règle plus simple de l'*exécution continue des peines* nonobstant la démence du condamné.

VII. — Conclusion.

Que conclure de tout ceci ?

Que la démence n'est pas une cause légale d'interruption dans l'exécution des peines;

Que l'insensé, comme le malade, peut légalement exécuter sa peine ailleurs que dans un établissement pénitentiaire, en vertu des dispositions de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés et des articles 15 et 16 de la loi du 4 vendémiaire an VI, qui est générale et ne distingue pas;

Que le condamné *détenu*, lorsqu'il est transféré dans une

maison d'aliénés, pour cause de démence [1], continue d'y subir sa peine et ne la *prescrit pas;*

Que la durée de sa détention dans cet établissement doit en conséquence compter pour l'exécution de sa peine.

G. ROUSSET.

BIBLIOGRAPHIE.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES EN DROIT ROMAIN;

COMMENTAIRE DU TITRE *DE DUOBUS REIS* AU DIGESTE;

Par Ch. DEMANGEAT, suppléant à la Faculté de droit,
avocat à la Cour impériale de Paris [2].

Compte rendu par M. A. VALETTE,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

I. Ce travail remarquable est, pour la plus grande partie, la reproduction de treize leçons faites par M. Demangeat (en 1858) sur la matière des *obligations solidaires*, l'une des plus difficiles assurément que puisse offrir le droit romain.

On retrouve dans cette publication les qualités qui ont fait le succès du cours de M. Demangeat, c'est-à-dire l'étendue et la sûreté de la doctrine, jointes à la précision et à la clarté du langage.

Une *première partie*, la plus considérable de l'ouvrage (et qui reproduit les leçons de l'auteur), contient les textes *traduits et commentés*. Puis, dans une *seconde partie*, un *résumé synthétique* présente, en une trentaine de pages seulement, la substance des quatre cents pages du commentaire [3].

[1] Il va de soi que si la démence était simulée nos conclusions ne seraient plus les mêmes : *fraus omnia corrumpit.*

[2] Paris, A. Marescq aîné, libraire-éditeur, rue Soufflot, 17. — In-8° de 432 pages.

[3] On trouve à la fin de l'ouvrage deux tables, l'une *alphabétique des matières*, l'autre *des principaux textes expliqués*, en dehors du Titre du Digeste *De duobus reis.*

Nous approuvons fort cet emploi combiné de l'analyse des textes et de la synthèse ou généralisation des principes, et M. Demangeat nous paraît avoir grande raison de dire, dans son *avertissement* : « L'exégèse..... n'est pas le dernier mot de « l'enseignement; elle est un moyen, non un but; elle appelle « un complément. » C'est ainsi que l'exposé méthodique et doctrinal des principes figure, concurremment avec l'explication des textes, dans les savants ouvrages du doyen actuel de la Faculté de droit de Paris [1], auquel M. Demangeat rend (même *avertissement*) un juste hommage, comme à son maître et à son guide. M. Ortolan a suivi la même marche dans son *Explication historique des Instituts de Justinien*, etc., etc. Enfin nous avons vu, dans ces dernières années, M. Machelard, un autre de nos collègues, publier, presque à la fois, et des *explications de textes* [2], et cette belle *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires*, etc., à laquelle M. Demangeat renvoie dans une de ses notes [3].

Une théorie générale des *obligations solidaires* en droit romain avait déjà été présentée, mais avec plus de fécondité et de verve que de discernement critique, par Dumoulin, le grand remueur d'idées et de textes; Pothier s'y réfère dans plusieurs passages de son *Traité des obligations*. De nos jours cette matière, ainsi que beaucoup d'autres, a été remise à l'étude, particulièrement en Allemagne; et l'on voit, à la lecture du livre de M. Demangeat, qu'il s'est tenu au courant de ces recherches nouvelles. Il signale lui-même, à la fin de son *avertissement*, MM. de Savigny et de Vangerow, comme deux hommes éminents dont il a mis à profit l'érudition et la sagacité, bien qu'il se soit, dit-il, « souvent écarté de leurs doctrines. »

II. Le Titre du Digeste *De duobus reis constituendis* (lib. XLV, tit. 2), qui sert de base au travail de M. Demangeat, s'occupe principalement de ceux qui deviennent créanciers ou débiteurs solidaires *verbis*, c'est-à-dire par interrogation et réponse, ou *stipulation* et *promesse* [4]. Il faut supposer que chacun des co-

[1] M. Pellat.

[2] *Des obligations naturelles*, etc.

[3] V. p. 33.

[4] Celui qui interroge *stipule*, et celui qui répond *promet* (V. *Inst.*, lib. III, tit. 16, *De duobus reis stip. et prom.*). Mais souvent l'opération tout entière (interrogation et réponse) se désigne abréviativement par les mots *stipulari*, *stipulatio* (V. *Inst.*, lib. III, tit. 15, *De verb. obl.*, PASSIM).

créanciers a stipulé, *pour le tout*, du même débiteur l'objet unique de la créance (voilà les *correi stipulandi*), ou que chacun des codébiteurs a promis au créancier, *pour le tout*, l'objet unique de la dette (ces codébiteurs sont *correi promittendi*). Bien entendu on peut combiner les deux hypothèses, en faisant figurer ensemble plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs; de sorte que, par arrangement verbal réglé en commun, la charge de payer toute la dette se trouve imposée à chacun de ceux qui promettent, au profit de chacun de ceux qui stipulent. Dans ces divers cas on retrouve toujours (et c'est un point fondamental) *l'unité de l'objet* de la créance et de la dette; *una res vertitur*, comme disent les Institutes [1].

De tout cela il résulte d'abord que chacun des créanciers peut poursuivre chacun des débiteurs, et que le payement fait par un seul éteint la créance et opère libération à l'égard de tous (*omnium perimit obligationem et omnes liberat*) [2]. De plus, ce qui est fort remarquable, d'après le droit classique et jusqu'à Justinien, la *litis-contestatio* a le même effet que le payement, en ce sens que, pour tous autres que ceux entre lesquels l'instance a été liée, il n'y a plus ni créance ni dette; et cela, dit notre auteur, indépendamment de toute idée de *novation judiciaire*. En effet, nous ne voyons pas que, en principe, la demande en justice détruise aucune des prérogatives attachées à la créance [3]. Le vrai motif de l'extinction absolue du droit, à l'égard des créanciers ou débiteurs étrangers à l'instance, c'est qu'il n'y a, en réalité, qu'*une seule obligation*, active ou passive (dont plusieurs sont investis ou grevés); en sorte que l'action ne peut être exercée pour le tout qu'une seule fois (p. 71 et suiv.) [4].

Mais le bénéfice de la créance payée à l'amiable ou sur demande judiciaire devra-t-il être ensuite réparti entre tous les *correi stipulandi?* Et, de même, y aura-t-il lieu au recours du *correus promittendi*, qui a payé, contre les autres *correi*, pour

[1] Lib. III, tit. 16, § 1.

[2] *Ibid.* Et cela se retrouve dans les articles 1197 et 1200 du Code Napoléon.

[3] Le cours des intérêts n'est pas arrêté; les hypothèques subsistent, etc.

[4] L'extinction s'opérait, suivant la nature de l'instance, ou *ipso jure*, ou au moyen de l'exception *rei in judicium deductæ*. Ce résultat de la demande n'a jamais été admis dans notre pratique française (comp. C. Nap., art. 1204). Nous verrons bientôt qu'il avait déjà été supprimé par Justinien.

faire distribuer entre tous la charge des déboursés? A cet égard, il faut distinguer si les *correi* sont ou non *socii* : car, en l'absence d'un contrat de société, aucun recours n'eût été possible, et tant le bénéfice que la charge de la dette seraient restés, définitivement et sans partage, là où ils auraient été fixés par le payement, ou même par la simple *litis-contestatio*.

Réfléchissant un peu sur ces effets de la *corréalité* proprement dite, on se demande quel genre de relations, quelle combinaison d'affaires avait pu introduire dans la pratique romaine des résultats qui paraissent si bizarres. Comment concevoir des bénéfices ou des pertes dépendant uniquement du hasard de la poursuite exercée par tel ou tel créancier contre tel ou tel débiteur [1]? Nous regrettons que notre savant collègue ne nous ait fourni, à ce sujet, aucun éclaircissement, ni même aucune conjecture. La bizarrerie du résultat dont nous parlons aura sans doute été corrigée plus tard, en ce qui regarde les *correi promittendi*, s'il est vrai que la faculté de requérir la cession des actions du créancier (*beneficium cedendarum actionum* [2]) ait été accordée au *correus*, et que, même à défaut de réquisition expresse, on ait fini [3] par lui donner (*quasi cessione factâ*) une action *utile*, quand il avait payé la dette. Mais tout cela n'est pas sans quelque difficulté. — Et d'abord quant au droit de requérir la subrogation, il s'élève des doutes très-graves. On n'établit ce droit qu'à l'aide d'un argument *a contrario* fourni par un texte de Papinien (L. 65, ff., *De evict.*, XXI, 2), et, sur ce dernier point, l'auteur, d'accord avec M. de Savigny, se trouve en dissentiment avec M. de Vangerow (V. p. 248 et suiv.). M. Demangeat reconnaît d'ailleurs que la loi 62, pr., ff., *ad leg. Falc.* (XXXV, 2), paraît être conçue dans un autre ordre d'idées, où l'on refuserait au *correus promittendi* la cession dont il s'agit (p. 258 et suiv.). — Quant à l'*action utile*, que le *correus* obtiendrait contre ses codébiteurs, on la découvre dans une constitution de Dioclétien et Maximien, qui forme la loi 2, Cod., *De duob. reis* (VIII, 40 [4]); et encore dispute-t-on sur la

[1] V., dans le Code Napoléon, les articles 1197 et 1198, 1213 et suiv., où se trouve formulé un système tout différent.

[2] C'est bien là, chez nous, un des cas de ce qu'on appelle la *subrogation légale* (C. Nap., art. 1251, 3°).

[3] Au temps de Dioclétien.

[4] V. M. Demangeat, p. 262 et suiv.

nature de l'action dont il est ici parlé. Est-ce une action utile *de gestion d'affaires*, ou utile *de cession*, c'est-à-dire dans laquelle la cession est *fictivement* réputée avoir eu lieu? Quoi qu'il en soit, l'auteur lui-même (V. p. 266 et 267) s'étonne de rencontrer, dans les compilations de Justinien, un si grand nombre de textes où l'on s'attache à distinguer s'il y avait ou non *société* entre les codébiteurs : car évidemment cette distinction ne présente guère d'intérêt, si le *correus*, qui paye la dette, a contre les autres une action en indemnité. D'un autre côté, dirons-nous, pourquoi le fidéjusseur, qui a payé sans requérir la cession, n'obtiendrait-il pas la même *action utile*, de manière à faire distribuer, entre lui et ses cofidéjusseurs, la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur principal [1]? Et pourtant une loi du Digeste (39, *De fidej.*), citée à la page 257, lui refuse nettement tout recours de ce genre [2]. En bonne logique, il faudrait le lui accorder, cela est évident, et l'on aurait ainsi un système complet de *subrogation légale* au profit des codébiteurs principaux ou accessoires, tel qu'il a été proposé par Dumoulin, repoussé par l'ancienne pratique française et par Pothier, enfin législativement consacré dans le Code Napoléon (art. 1251, 3°, 2029, 2033).

Au principe de l'unité d'obligation entre les *correi* se rattache la responsabilité que le fait de l'un entraîne à la charge de l'autre. Telle est la décision de la célèbre loi 18, ff., *De duob. reis* [3]. Il résulte, au contraire, de deux textes formels, bien connus, et cités par tous les interprètes [4], que le retard (*mora*) de l'un des *rei promittendi* ne peut nuire à l'autre, et que le créancier doit avoir soin de mettre en demeure chacun de ceux contre lesquels il veut maintenir son droit. On peut voir à ce sujet, dans notre auteur (p. 380 et suiv.), l'exposé du « système très-peu romain » de Dumoulin s'ingéniant à établir, en dépit des textes, que la mise en demeure de l'un des *rei* produit, à

[1] Et aussi pour profiter des gages, des hypothèques, etc.

[2] « Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non « est, etc. » La doctrine de M. Demangeat conduit à faire regarder ce texte comme inséré par erreur dans le Digeste.

[3] « Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri « quoque nocet. »

[4] L. 32, § 4, ff., *De usuris* : « Si duo rei promittendi sint, alterius mora « alteri non nocet. » — L. 173, § 2, *De reg. juris* : « Unicuique sua mora « nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur. »

l'égard de l'autre, les mêmes effets que la *culpa in committendo*. Selon Dumoulin, il faudrait faire ici une distinction (dont les lois précitées ne disent pas un mot) entre la valeur vénale de l'objet et les dommages-intérêts qui seraient dus *extrinsecus* au stipulant [1]. Cette subtilité, reproduite par Pothier [2], a passé depuis, comme on sait, dans l'article 1205 de notre Code [3]. Et voilà comment se forment parfois les législations !

La situation des fidéjusseurs (ou cautions) ressemble à celle des *correi*, en ce sens que la dette accessoire étant la même que la dette principale, la poursuite dirigée contre le *reus* libérait le *fidejussor*, et *vice versâ*, jusqu'à la Constitution de Justinien (L. 28, Cod., *De fidej.*), qui a abrogé cet effet de la *litis-contestatio* [4]. Mais sous d'autres rapports la fidéjussion est régie par des règles spéciales : car 1° le bénéfice de division existe, depuis le rescrit d'Adrien, entre les cofidéjusseurs de la même personne [5]; 2° le fidéjusseur qui a payé le créancier exerce son recours, par une action de mandat [6], ou au moins de gestion d'affaires, et il a aussi droit, sans difficulté, à requérir la cession des actions du créancier [7]; 3° enfin il est responsable de toutes les suites qu'entraîne l'obligation quelconque, *bonæ fidei* ou *stricti juris*, de quelque manière qu'elle ait pris naissance (V. Instit., *De fidejuss.*, § 1 [8]).

[1] *Tract. de divid. et indiv.*, pars III, n^os^ 126 et 127. — M. Demangeat (p. 383) est d'avis que les dommages-intérêts *extrinsèques* ne sont pas alloués même contre le débiteur qui a fait périr le corps certain, lorsque la dette provient d'une stipulation donnant lieu à une *condictio certi*.

[2] *Traité des obligations*, n° 273.

[3] « Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou « de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point « déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont « point tenus des dommages-intérêts, etc. »

[4] L'ancienne doctrine se retrouve indiquée dans un texte bien connu des *Institutes*, le § 2 du titre *De mandato* (lib. III, tit. 26); comp. M. Demangeat, p. 78 et suiv.

[5] V. *Instit.*, *De fidejuss.* (III, 20), § 4.

[6] *Ibid.*, § 6.

[7] V. les lois 17, 36, 39 et 59, ff., *De fidejuss.* (XLVI, 1). — Nous ne parlons pas ici du *bénéfice de discussion*, accordé aux fidéjusseurs par la novelle 4 de Justinien.

[8] Il peut arriver que les *rei promittendi* se soient rendus *cautions réciproques* l'un de l'autre (*vice mutuâ fidejussores*). V. le texte de Papinien qui forme la loi 11, pr., ff., *De duob. reis*, et les explications de M. Demangeat sur ce texte, p. 319; comp. *ibid.*, page 369, note 2.

Ces principes ont persisté sous la législation de Justinien, sauf en ce qui regarde l'extinction produite par la *litis-contestatio*. On connaît, à ce sujet, la loi 28, C., *De fidej.*, que nous avons déjà plusieurs fois citée. Selon M. Demangeat (p. 75), la règle ancienne « dérive forcément des anciens principes de la « procédure romaine. » Il ajoute (*ibid.*) que « logiquement elle « (la règle) n'aurait pas dû survivre à ces principes, c'est-à-dire « au système formulaire. » Et plus loin encore (p. 79) : « Il est « arrivé ici, dit M. Demangeat, ce qui arrive souvent en droit : « l'effet a survécu à la cause, et par la force de l'habitude on a « continué d'admettre comme droit commun la maxime « *electo* « *altero liberatur alter.* » Seulement on finit par admettre aussi que cette maxime, maintenue en principe, ne serait appliquée que sauf « convention contraire; » et cette convention étant devenue habituelle dans la pratique des affaires, on conçoit que Justinien ait pu la regarder comme devant être « toujours « sous-entendue par la puissance de la loi. [1] » Mais, pour notre part, nous avons peine à comprendre que la règle « *electo* « *altero liberatur alter* » ait dû logiquement prendre fin avec le système des formules : car plus haut (p. 71 et 72) l'auteur explique la libération qui résulte de la poursuite par l'idée d'une *option* faite par le créancier qui, en agissant, fixe *son choix* sur l'un des débiteurs, de même que le créancier d'une dette alternative fait son option et consomme son droit, en demandant l'un des objets qui sont *in obligatione*. « A ce point « de vue, dit M. Demangeat, il y a une véritable analogie « entre l'obligation corréale et l'obligation alternative. » Or, cela posé, nous ne voyons plus ce qu'il y a eu d'illogique à admettre, jusqu'à la loi 28, Cod., *De fidej.*, que l'effet dont on vient de parler, attaché à l'*option*, dût résulter de la poursuite judiciaire dirigée contre l'un des débiteurs, bien qu'il n'y eût plus de formule d'action ni de *litis-contestatio* proprement dite. D'un autre côté, cette idée d'une *option judiciaire*, que l'on suppose exercée *entre les correi promittendi*, semble n'avoir aucun trait au maintien ou à la perte du droit des *correi stipu-*

[1] « Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano « semper hoc versari aspicimus, quare non ipsâ legis auctoritate hoc per- « mittitur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quâcumque causâ « possit jus creditoris mutilare? » (L. 28, Cod., *De fidej.*, à la fin; comp. M. Demangeat, p. 76 à 79.)

landi. Et cependant la poursuite exercée par l'un de ces *correi* emporte bien l'extinction de la créance des autres; et ailleurs M. Demangeat (p. 84) rapporte très-expressément tous ces divers effets de la poursuite à *un seul et même principe*. Nous le voyons même admettre (ce qui est controversé en Allemagne) que, dans le droit de Justinien, l'ancienne règle subsiste encore relativement aux *correi stipulandi*, « parce que, dit-il, « cette conséquence en elle-même n'a rien de déraisonnable, « et ne présente point d'inconvénients pratiques » (*ibid.* et p. 363) [1]. On voit qu'il y a encore bien de l'obscurité sur tous ces points. La science réussira-t-elle jamais à la dissiper complétement?

III. La *corréalité* peut-elle exister autrement que par suite de la stipulation ou contrat formé *verbis?* A cet égard les textes n'entrent pas dans de grands détails; mais ils fournissent les éléments d'une doctrine générale. M. Demangeat montre que la corréalité proprement dite, active ou passive, peut résulter soit d'un *legs* (p. 155 et suiv.), soit d'un *contrat littéral* (*expensilatio*), qui suppose des mentions faites, d'un commun accord entre les parties, sur les registres des créanciers ou des débiteurs (*nomina transcriptitia*) (p. 160 et suiv.). Il établit aussi que l'obligation corréale peut exister, par suite d'un *mutuum*, à la charge de plusieurs emprunteurs, lorsqu'un pacte exprès, ajouté au contrat, porte que chacun d'eux est obligé pour le tout (p. 164 et suiv.). Cette dernière proposition donne lieu à une controverse, parce qu'elle paraît en désaccord avec le principe général, suivant lequel un pacte, quoique ajouté *in continenti* au *mutuum*, ne peut pas aggraver la position de l'emprunteur. M. Demangeat explique ceci en disant que l'emprunteur, engagé comme *correus*, n'a pas en réalité aggravé sa position par cette clause additionnelle, attendu que, s'il risque de payer au delà de sa part, il a aussi la chance de ne

[1] M. Demangeat ajoute (p. 363) que, dès lors, on a pu insérer sans changement, dans le Digeste, le texte de Gaius formant la loi 16, *De duob. reis*, ainsi conçue : « Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit; alteri pro« missor offerendo pecuniam, nihil agit. » — Comp., à cet égard, l'article 1198 du Code Napoléon, qui garantit l'intérêt légitime du créancier poursuivant, sans prononcer *l'extinction* de la créance des autres.

Évidemment il peut n'y avoir pas ici de *choix* proprement dit, si les créanciers ne se sont pas entendus quant à l'exercice de la poursuite, et que l'un se soit hâté de prendre les devants sur les autres.

rien payer du tout [1]. Plusieurs Constitutions impériales (citées p. 167 à 169) paraissent mettre cette décision hors de doute. Au reste, nous ne voyons pas que l'auteur dise rien de l'hypothèse d'une corréalité *active* (au profit de plusieurs créanciers) dans le cas de *mutuum*.

Maintenant il est bon de remarquer que le testament, les *nomina transcriptitia*, et le *mutuum*, indiqués par les textes comme pouvant aussi engendrer la *corréalité*, donnent tous lieu à l'action *de droit strict* appelée *condiction*, exactement comme fait la stipulation ou contrat verbal [2]. De là M. Demangeat tire une conclusion remarquable et qui lui appartient en propre, à savoir que la *corréalité* véritable existe seulement là où l'action du créancier est une *condiction*, et non lorsqu'elle est *bonæ fidei* ou *in factum* (V. p. 201 et suiv. [3]). C'est donc à la *condiction* (action *de droit strict*) qu'on aurait borné l'application du principe rigoureux, suivant lequel la même demande ne peut être réitérée par un autre créancier, ou contre un autre débiteur. Cette donnée est fort importante, et elle s'éclaircira encore par ce qui va être dit au sujet de la *solidarité* pure et simple, qui peut résulter des contrats ou des délits.

IV. M. Demangeat, commentant la loi 9, ff., *De duob. reis* (texte de Papinien), expose longuement tout ce qui a trait à la matière de la simple *solidarité*, et montre d'abord comment elle naît des conventions (vente, louage, dépôt, commodat, etc.) qui donnent lieu à des actions *de bonne foi*. On ne trouve plus ici de *formes* ou *solennités* spéciales, analogues à celles de la stipulation, du legs, des *nomina transcriptitia*. Et même, si nous avons bien compris M. Demangeat, la solidarité ne dériverait jamais de la nature de tel ou tel contrat, mais toujours de l'intention spéciale que les parties auraient eue en contractant,

[1] Très-bien, s'il n'y a ni *société* entre les emprunteurs, ni *action utile* accordée à celui qui a payé contre les autres; sans quoi la chance de ne rien payer du tout est vaine et imaginaire. Dans la réalité des choses, la solidarité est un lourd fardeau pour le codébiteur solvable, exposé à faire, au profit de ses coobligés, une avance qu'il ne pourra peut-être pas recouvrer.

[2] Nous ne parlons pas ici des *délits*; mais on peut voir la même doctrine soutenue par l'auteur (au moyen de la correction d'un texte) relativement à la *condictio furtiva*, action non *pénale*, mais *rei persecutoria*, qui naît d'un *furtum* (p. 213 et 214).

[3] M. Demangeat a enseigné cette doctrine, dès 1853, dans son cours de droit romain fait à la Faculté de Rennes.

ce qui devrait être, dans chaque cause, apprécié d'après toutes les circonstances du fait. Le texte de Papinien, que nous venons d'indiquer (L. 9, ff., *De duob. reis*), commence par ces mots remarquables : « Eamdem rem apud duos pariter deposui, « *utriusque fidem in solidum secutus*, vel eamdem rem duobus « *similiter* commodavi, *fiunt duo rei promittendi*, etc. » La suite de la phrase exprime qu'il en est de même des autres contrats, tels que la vente, le louage, etc [1]. Ainsi le droit commun est que l'obligation se divise entre les débiteurs, chacun d'eux ne devant être condamné que *pour sa part;* et la solidarité entre eux est, au contraire, une exception introduite, une addition faite au contrat par la volonté des parties (p. 151). Il en est de même quant à la solidarité *active;* ainsi deux déposants ne seront créanciers solidaires qu'autant que la convention aura été faite en ce sens [2]. Pas de difficulté à cet égard dans le cas de *séquestre* ou dépôt judiciaire, et l'objet séquestré devra être remis pour le tout à celui des adversaires qui aura gagné le procès : car évidemment chacun d'eux a entendu faire le dépôt en totalité, pour le cas où la sentence serait rendue en sa faveur [3].

Mais il n'est pas aussi facile de se rendre compte d'un texte d'Ulpien, qui forme la loi 5, § 15, ff., *Commodati* (XIII, 6), et que rapporte M. Demangeat, p. 133. Cette loi, supposant que deux personnes ont ensemble emprunté ou pris à louage une voiture, décide que chacune d'elles est tenue de soigner et de conserver la chose *pour le tout* (*in totum*), et que dès lors [4] il y a entre elles *une sorte de corréalité* (*quare duo quodammodo rei habebuntur*). N'en déplaise à notre savant collégue, ceci paraît bien être une décision générale, basée sur la nature de la convention, et non sur celle de l'*objet*, ni sur

[1] L'auteur remarque (p. 150, note 1) que cette partie de la phrase (*quia non tantum verbis..... sed et cæteris contractibus, veluti*, etc.) est incomplète, faute d'un verbe. Notons de plus que, parmi les exemples annoncés de *contractus*, on voit ici figurer *le testament!*

[2] L. 1, § 44, ff., *Depositi* (XVI, 3) « ..... *Si quidem sic deposuerunt* ut « vel unus tollat totum, poterit in solidum agere. «

[3] L. 17, pr., ff., *Depositi* : « Itaque hoc casu in solidum unusquisque « videtur deposuisse. »

[4] Cette considération paraît ne se rapporter qu'à l'indemnité due en cas de perte, et non au payement du prix de location.

aucune circonstance particulière[1]; car le texte ne dit rien de ces circonstances, et quant à l'*objet*, nous voyons que, au contraire, la solidarité est présentée ici comme douteuse, justement parce qu'il s'agit d'une chose prêtée ou louée, que chacun des débiteurs ne peut employer et utiliser *en entier* (*quia non omnia loca vehiculi teneam*). Il y a donc bien en ce cas une décision de principe et non de pur fait. Aussi voyons-nous Celse poser la question comme controversée (QUÆRI POSSE *utrum... in solidum an pro parte teneatur*), et Ulpien déclarer préférable (*verius est*) l'opinion qui admet ici une responsabilité pour le tout. Une décision analogue (plus nette encore et plus explicite) se trouve dans la loi 59, § 3, ff, *Mandati* (XVII, 1) où il est dit que si un mandat est donné par plusieurs à la même personne, chacun des mandants peut être poursuivi pour le tout, *bien que cela n'ait pas été accordé par la convention*[2]. Notre auteur explique ce dernier texte en disant (p. 198) : « Il est de principe que l'on doit sous-entendre « dans les contrats de bonne foi tout ce qui paraît rentrer dans « l'intention des parties. » Mais si la solidarité est toujours *sous-entendue* dans tel ou tel contrat, pourquoi ne pas dire franchement qu'elle est *de la nature* de ce contrat, ou que, relativement à ce contrat, elle est *de droit commun*[3]? Puis il restera à savoir dans quels contrats la solidarité sera ainsi *sous-entendue*, tandis qu'elle devra être *exprimée* dans les autres. Voilà ce que Papinien aurait bien dû nous dire dans ses *Quæstiones*, au lieu de mentionner pêle-mêle (L. 9 précitée) la vente, le louage, le dépôt, le commodat et même le testament. Remarquons enfin cette dernière singularité que Papinien (*ibid.*), parlant des deux dépositaires et des deux em-

[1] De même l'article 1887 du Code Napoléon dit en termes généraux : « Si « plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont soli- « dairement responsables envers le prêteur. »

[2] « Paulus respondit unum ex mandatoribus *in solidum eligi posse*, « *etiamsi non sit concessum in mandato.* » — De même l'article 2002 du Code Napoléon établit, en principe, la solidarité entre les personnes qui ont *constitué un mandataire pour une affaire commune*.

[3] « Les choses qui sont seulement de la nature du contrat sont celles qui, « sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, *quoique les « parties contractantes ne s'en soient point expliquées*, étant de la nature « du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues. » (Pothier, *Traité des obligations*, part. I, chap. 1, n° 7.)

prunteurs à usage, dit, en termes exprès, que ces contractants *fiunt duo rei promittendi;* tandis qu'il aurait dû, ce semble, éviter ici avec soin les mots *rei promittendi*, pour employer ceux de *in solidum obligati*, ou qui *pro solido conveniri debent* [1]. En effet, M. Demangeat établit, au moyen de textes nombreux (p. 201 et suiv.), que l'effet extinctif de la *litis-contestatio* « est un des caractères distinctifs de la *corréalité* proprement « dite, et qu'il n'y a rien de semblable dans le cas de la simple « *solidarité*, c'est-à-dire quand le créancier n'a pas de *condic-* « *tio*, mais une action *de bonne foi* ou *in factum* » (p. 202). Et il combat M. de Savigny, suivant lequel tous débiteurs *in solidum* (des mandants par exemple) seraient libérés par la *petitio* dirigée contre l'un d'eux [2]. Avec le texte précité de Papinien, la décision de M. de Savigny paraîtrait bien justifiée; mais elle est inconciliable avec ceux où l'on voit que des mandants obligés dans la même affaire [3], ou des dépositaires, etc., ou enfin des cotuteurs tenus *in solidum* (*quasi ex contractu*) [4], ne sont libérés que par le payement effectif. Tout cela, il faut l'avouer, ne prouve pas qu'il y ait eu chez les jurisconsultes romains, sur ces divers points, une grande uniformité de doctrine, ou, si l'on veut, de langage. Peut-être aussi y aurait-il quelques lacunes dans les fragments tirés de leurs ouvrages et employés par les compilateurs, ce qui jetterait de l'obscurité dans l'ensemble. Cette obscurité est sans doute bien réelle : car notre savant collègue, après avoir cherché à établir (ce qui est capital) que les codébiteurs tenus d'une action *de bonne foi* ne sont libérés que par le payement (*non electione unius sed solutione liberantur*), ajoute (p. 208) qu'il n'a trouvé cette idée « dans aucun des auteurs qui jusqu'à présent ont écrit « sur la matière. » Et pourtant la matière avait été examinée à fond par des hommes du plus grand mérite, et très-versés dans l'étude du droit romain.

[1] Comp. L. 60, § 2, ff., *Mandati* (XVII, 2). — Ulpien (parlant de deux commodataires ou de deux locataires) indique au moins par le mot *quodammodo* une simple analogie avec la corréalité « duo *quodammodo rei* habe- « buntur. » L. 5, § 15, ff., *Commod.* (XIII, 6).

[2] *Das Obligationenrecht*, § 20.

[3] L. 52, § 3, ff., *De fidej.* « Plures ejusdem pecuniæ mandatores, si unus « judicio eligatur, absolutione quoque secutâ, non liberantur, sed omnes « liberantur, pecuniâ solutâ. »

[4] L. 15, ff., *De tut. et rat. dist.* (XXVII, 3). — L. 1, § 43, ff., *Depositi* (XVI, 3).

Il reste encore, à ce sujet, plusieurs remarques importantes à faire :

1° D'après M. Demangeat, la simple *solidarité*, opposée à la *corréalité* proprement dite, ne se présente que du côté des débiteurs, et non de celui des créanciers. C'est ce qu'il exprime dans deux notes [1] où il déclare suivre à cet égard la doctrine de M. de Savigny [2]; mais il ne s'arrête pas à exposer les motifs théoriques ou pratiques de cette distinction entre les créanciers et les débiteurs, quant aux effets de la solidarité. Pour notre part, nous craignons qu'il y ait ici une erreur ou un malentendu. Supposons, en effet, deux déposants ou mandants *in solidum*; en fera-t-on de véritables *correi* dans le sens technique du mot? Et si l'un d'eux ayant agi en justice déclare, pendant ou après le procès, qu'il renonce à son droit, est-on bien certain que la créance de l'autre mandant ou déposant dût être regardée comme *éteinte?* Pourquoi le débiteur poursuivi par l'un ne pourrait-il pas avoir encore affaire aux autres, en tant que cela ne nuit pas aux intérêts légitimes du poursuivant?

2° M. Demangeat (V. p. 214 et suiv.) reconnaît que, si l'obligation est garantie par un fidéjusseur, la poursuite dirigée contre l'un des obligés libère l'autre [3], dans le cas même où le débiteur principal est tenu d'une action *bonæ fidei* [4]; ce résultat peut contrarier sa théorie. Notre collègue explique cette anomalie, par ce motif que les fidéjusseurs « sont toujours « interrogés ainsi : *Idem fide tuâ esse jubes?* ce qui implique « l'unité d'obligation [5]. » D'ailleurs, on était habitué à l'effet ordinaire de la *litis-contestatio* par rapport aux *sponsores* et aux *fidepromissores*, lesquels ne pouvaient accéder qu'à des obligations verbales [6]; et l'on aura été entraîné à traiter de la même manière la troisième classe d'*adpromissores* (les fidéjusseurs), lorsque cette classe vint à être reconnue (V. p. 213).

3° Au point de vue de la prestation des fautes, le principe est que chacun des débiteurs *solidaires* ne répond que de la

[1] Note 2 de la page 185 et note 1 de la page 202.

[2] *Das Obligationenrecht*, commencement du § 20.

[3] Toujours, bien entendu, avant la loi (de Justinien) 28, Cod., *De fidej.*

[4] Nous avons déjà cité le § 2 du Titre *De mandato*, Inst., où cette règle est encore supposée en vigueur.

[5] On pourrait objecter qu'il y a ici *unité d'objet* et non *d'obligation*, les obligations étant de diverses natures (*bonæ fidei* et *stricti juris*).

[6] V. Gaius, *Comm.* 3, § 119.

sienne [1] et non de la faute de son codébiteur; pourquoi? parce qu'ici, nous dit M. Demangeat, « il n'y a point unité d'obliga- « tion; chacun est tenu d'une obligation distincte » (V. p. 377). Ulpien décide très-positivement qu'un dépositaire tenu *in solidum* doit être absous quand ce n'est pas lui, mais l'autre dépositaire qui s'est rendu coupable de dol [2]. Cette doctrine doit naturellement être étendue aux autres cas de *solidarité;* aussi voyons-nous que dans la loi 5, § 15, ff., *Commod.*, citée plus haut, le jurisconsulte suppose que les commodataires ou les locataires *sont tous en faute* [3]. Cependant, par exception, un tuteur peut être tenu à raison de l'administration de son cotuteur et être ainsi condamné.

Nous ne pouvons faire une mention, même sommaire, de tous les textes importants ou curieux que l'auteur explique dans le cours de son livre, et de toutes les difficultés accessoires dont il donne la solution. Nous recommanderons particulièrement à l'attention du lecteur les objets suivants :

A. Tout ce qui concerne les diverses actions qui naissent des *délits*, avec les distinctions relatives aux cas où le payement libère on ne libère pas les *codélinquants* (p. 115 et suiv.). Nous avons dit un mot de la *condictio furtiva*, qui est *rei persecutoria* et non *pœnalis*, ci-dessus, p. 453, note 2.

B. Les effets du *legs de libération*, dans les cas où certains des *correi* n'ont pas la *capacité* de recevoir. Ceci se rattache à l'examen des prohibitions résultant des *lois caducaires*, et aussi de la règle célèbre qui interdit les donations entre époux, ou ne les permet que comme libéralités *mortis causâ* (p. 30 et suiv.).

C. Les questions relatives à la novation (p. 41 et suiv.), et, à ce sujet, tout ce qui regarde les effets de la restitution accordée à la femme, en vertu du sénatus-consulte Velléien, lorsqu'elle a nové une dette *intercessionis causâ* (p. 60 et suiv.).

[1] Comme il s'agit ici d'une action *bonæ fidei*, le débiteur est tenu non-seulement de ses *faits* ou *actes*, mais encore de ses *négligences* ou *omissions* (*culpa in non faciendo*). Du reste, la faute, comme on sait, est appréciée tantôt *in abstracto* et tantôt *in concreto*. Le dépositaire n'est tenu que de *son dol*.

[2] L. 1, § 43, *in fine*, ff., *Depositi* « si alter dolo non fecerit, et idcirco sit « absolutus..... ad alium pervenietur. »

[3] M. Demangeat (p. 375, note 2) s'étonne avec raison que M. de Savigny, ayant admis que la *corréalité* proprement dite résulte des contrats en général, n'en arrive pas à rendre chaque débiteur responsable de *toutes les fautes* (même des négligences ou omissions) imputables à ses codébiteurs.

D. L'extension accordée à certaines personnes (*tutores*, *mandatores*) du bénéfice de *division*, introduit primitivement au profit des fidéjusseurs (p. 113 et suiv.).

Ici se termine notre examen, qui aurait pris de trop larges proportions pour une *Revue*, si nous avions cédé au plaisir que nous trouvons à nous arrêter sur le travail, si riche et si instructif, de M. Demangeat. Nous nous réservons de rendre compte plus tard de l'ouvrage qu'il vient de publier sur le *fundus dotalis*.

A. VALETTE.

LES CODES CRIMINELS

INTERPRÉTÉS PAR LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE,

Par M. Rolland de Villargues, conseiller à la Cour impériale de Paris, 1 vol. grand in-8°. — Chez Marescq aîné, éditeur.

Compte rendu par M. FAUSTIN HÉLIE, conseiller à la Cour de cassation.

Nous nous empressons d'annoncer ce livre aux lecteurs de la *Revue* parce qu'il nous a paru le résultat d'un travail très-consciencieux et qu'il sera, nous le croyons au moins, très-utile dans la pratique. *Les Codes interprétés*, que publie M. Rolland de Villargues, sont des Codes annotés suivant la forme déjà adoptée par Paillet, Sirey, Sulpicy et par le plus exact de nos annotateurs, M. Gilbert. L'auteur a placé sous chaque article, comme un commentaire, l'analyse sommaire des arrêts et des études auxquels il a donné lieu. Mais ce commentaire est présenté dans un ordre qui le rend tout à fait lumineux, les arrêts sont disposés avec méthode, et leur analyse, prise évidemment dans leur texte même, est faite avec autant de clarté que d'exactitude; elle résume avec une heureuse fidélité les solutions de la jurisprudence et de la doctrine. Ce qui nous a frappé surtout, c'est la distinction des espèces : les arrêts ne sont pas aussi souvent contradictoires que le prétendent les arrêtistes; mais pour expliquer leurs contradictions apparentes, il faut saisir des nuances, quelquefois assez subtiles, et que les yeux d'un juriste consommé peuvent seuls apercevoir. Ce n'était point une œuvre aisée que de reconnaître ces nuances et de les indiquer avec lucidité. Le travail de M. Rolland de Villargues est donc,

sous une forme modeste, le travail d'un criminaliste consommé dans l'étude des matières pénales. Nous nous sommes quelquefois élevé contre la prétention de quelques livres de jurisprudence, qui s'intitulent pratiques (sans doute par opposition à ceux qui remontent aux principes du droit), parce que, faits avec des arrêts, ils substituent leurs décisions, quelles qu'elles soient, à l'application raisonnée de ces principes; parce qu'ils tendent à mettre à la place de la critique doctrinale, qui est la mission de la science, l'autorité exclusive de la jurisprudence; parce que ces livres, avec leur travail facile et leur servile reproduction des décisions judiciaires, abaissent la pratique à la simple notion des arrêts au lieu de l'élever à la notion du droit. Mais il ne faut pas confondre, avec ces ouvrages qui tendent à égarer la pratique dans des sentiers étroits et stériles, les œuvres véritablement pratiques comme celle-ci. Les tables analytiques, les Codes annotés, les dictionnaires et les répertoires sont les indispensables outils du travail scientifique. Combien de tels instruments, surtout quand ils sont perfectionnés comme celui-ci, épargnent de temps en facilitant les recherches et d'erreurs en révélant des sources ignorées! On sent, à chaque ligne des *Codes interprétés*, que c'est là un labeur qui a coûté de longues années, et que l'auteur a pris son temps, plus désireux de bien faire que de faire promptement. Ce sont là les œuvres de pratique telles que nous les aimons, parce qu'elles abrégent le travail de la doctrine sans avoir la prétention de la remplacer. Mais, pour de telles œuvres, il ne suffit pas de la sagacité de l'esprit, il faut la science, il faut l'esprit du jurisconsulte; car, pour saisir les distinctions infinies du droit et pour les indiquer clairement, il faut être profondément versé dans le droit. On doit une véritable reconnaissance aux hommes instruits qui se vouent à cette tâche ingrate et difficile, et qui, par leur propre travail, épargnent et facilitent le travail des autres. C'est là l'œuvre de M. Rolland de Villargues, et c'est aussi le sentiment qui nous a pénétré en parcourant les pages de son livre. Nous croyons, en l'exprimant ici, rendre service à tous les praticiens qui ressentent le besoin d'une table exacte et complète, où se trouvent disposées avec ordre toutes les solutions relatives aux matières criminelles.

FAUSTIN HÉLIE.

REVUE DOCTRINALE DES VARIATIONS ET DES PROGRÈS DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION EN MATIÈRE CIVILE

ET DANS L'ORDRE DU CODE NAPOLÉON;

Par M. H. F. RIVIÈRE, avocat, docteur en droit [1].

Compte rendu par M. E. BONNIER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

A mesure que l'on s'éloigne de l'époque de la promulgation du Code Napoléon, la jurisprudence, *viva vox juris civilis*, acquiert une nouvelle importance; soit qu'elle élucide le sens des textes ambigus, soit qu'elle modifie les dispositions législatives en les faisant plier aux tendances nouvelles de la société, expression des progrès de la science ou des besoins qui se font sentir dans l'ordre économique et dans l'ordre moral, elle appelle toujours l'attention des esprits sérieux, et s'il y a encore quelques théoriciens obstinés qui en négligent l'étude, ces théoriciens ne sont plus à la hauteur de la science actuelle.

Bien qu'il n'y ait point lieu de dédaigner les arrêts des Cours impérales, et que sur plus d'un point elles offrent un caractère original, précieux pour les investigations juridiques, il faut reconnaître que les grandes questions finissent toujours par aboutir à la Cour régulatrice. C'est donc dans la jurisprudence de cette Cour que doit les étudier celui qui veut contrôler la théorie par l'épreuve de la pratique.

Les doctrines consacrées par la Cour de cassation, notamment en ce qui concerne le Code Napoléon, n'avaient pas encore été l'objet d'un travail d'ensemble. M. Rivière, déjà connu par de nombreuses et utiles publications, vient de se créer un nouveau titre à l'estime des jurisconsultes en publiant une *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de cette Cour en matière civile*. Le livre de M. Rivière est un fort volume de près de 900 pages, et cependant il a le mérite d'une extrême concision, si l'on songe au nombre et à l'importances des questions qui y sont traitées. Il a fallu, pour arriver à ce résultat, compulser bien des volumes de recueils

[1] Cosse et Marchal, libraires de la Cour de cassation, place Dauphine, 27.

d'arrêts, *onus camelorum*, et le lecteur reconnaissant appliquera volontiers au docte et judicieux écrivain la phrase de Suétone : *Ex immenso diffusoque legum corpore optima quæque in paucissimos conferre liberos.*

M. Rivière ne se contente pas de présenter l'historique, déjà si intéresant par lui-même, des doctrines qui ont prévalu au sein de la Cour suprême. Tout en professant un juste respect pour ses arrêts, et en cherchant souvent à les justifier, lorsqu'il le faut, du reproche de contradiction, il ne renonce point, comme le font trop d'interprètes du droit civil, à son indépendance personnelle, et il n'entend point, comme le légiste de Bacon, abdiquer son jugement propre pour raisonner *ex vinculis*. Il a su se garantir également et de la servilité obséquieuse, et de l'esprit de critique systématique.

Un examen détaillé des matières traitées dans cette *Revue doctrinale* ne serait rien moins qu'un cours complet de Code Napoléon au point ne vue de la jurisprudence. Nous constaterons seulement qu'aucune question importante ne nous y a paru omis, sauf une seule lacune; nous avons vainement cherché les arrêts qui se rattachent à la grave difficulté que soulève la validité des aliénations faites par l'héritier apparent. Nous signalons cet oubli à l'attention de l'auteur lors de l'édition nouvelle qu'il est certainement appelé à faire de son important travail.

Ne pouvant suivre, avec M. Rivière, les diverses matières qu'il expose dans l'ordre du Code Napoléon, nous nous attacherons à une discussion qui domine toute l'organisation judiciaire, et qui se trouve dès lors placée à juste titre en tête d'un ouvrage consacré à la Cour de cassation. Il s'agit de la question si controversée que soulève l'institution de la chambre des requêtes, question à l'ordre du jour plus que jamais, cette chambre tendant de plus en plus à trancher dès l'abord les plus graves difficultés, et à devenir ainsi par le fait une seconde chambre civile. On se rappelle que MM. Waldeck-Rousseau et Valette avaient proposé à l'Assemblée nationale, en 1849, un remède héroïque, la suppression complète de la section des requêtes, et vu l'augmentation qu'apporterait cette innovation dans le nombre des affaires, l'établissement de deux chambres civiles, également souveraines, dont l'une jugerait les matières de droit commun, l'autre, les matières spéciales, comme

celles qui se rattachent aux droits d'enregistrement. M. Rivière reproduit les motifs qui ont fait repousser cette proposition. D'une part, les principes généraux ayant toujours leur retentissement, quoi qu'on en dise, dans dans les matières spéciales, les deux sections arriveraient bientôt à avoir une jurisprudence opposée, et l'on n'aurait fait qu'aggraver la difficulté en la déplaçant. D'autre part, la multiplicité des pourvois discutés contradictoirement ne peut qu'être agréable, sans doute, aux avocats près la Cour de cassation, mais il est douteux que l'intérêt général réclame ce changement : « Facilitez l'abord du tribunal de cassation, disait Tronchet, et ce tribunal sera bientôt considéré comme un tribunal d'appel. »

Jusqu'ici nous sommes complétement de l'avis de M. Rivière. A-t-il également raison, lorsqu'il trouve qu'on doit s'en tenir au *statu quo* et que tout est pour le mieux dans la meilleure des Cours de cassation possibles? Nous ne voyons pas pour notre compte, ce que l'on pourrait répondre à ceux qui, invoquant les précédents du conseil des parties et de l'organisation de 1790, se borneraient à demander que la chambre des requêtes fût ramenée au but de son institution. Nous ne concevons pas pour quel motif sérieux des questions à la fois neuves et graves sont souvent écartées dès l'abord par cette chambre, ainsi que le reconnaît M. Rivière. Si la section des requêtes n'était plus, comme autrefois, qu'un bureau d'admission préparatoire, ne pouvant rejeter les pourvois qu'à une forte majorité, on écarterait dès l'abord les demandes en cassation qui n'ont rien de sérieux, sans soustraire celles qui présentent un grave intérêt à l'épreuve d'une discussion approfondie. Que l'on procède à ce changement en ménageant les susceptibilités des magistrats éminents dont elle peut froisser les intérêts, qu'on rétablisse s'il le faut le roulement qui existait autrefois à la Cour suprême comme dans les autres juridictions, rien de mieux sans doute; mais que les égards, dus *aux personnes*, n'aillent pas jusqu'à nous faire sacrifier les principes

A part ce dissentiment qui n'a rien d'extraordinaire dans une matière aussi délicate, nous avons accueilli avec une vive sympathie les précieuses dissertations de M. Rivière; sa *Revue doctrinale* sera toujours consultée avec fruit, au point de vue de la théorie comme d'une saine pratique. E. BONNIER.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

DE LA NOUVELLE LÉGISLATION ITALIENNE.

LETTRES adressées par M. le comte A. PINELLI, sénateur du royaume, premier président de la Cour royale de Gênes, au journal *la Legge*, à Turin[1];

Traduites par M. J. BERGSON, docteur en droit.

I.

Les nos 76 et suivants de votre journal contiennent un exposé de doctrines qui, résumant les opinions de M. Giuliani, auteur de l'article, et celles de M. C. Bandi, deux éminents jurisconsultes siégeant l'un à la Cour d'appel d'Ancône, l'autre à la Cour de cassation de Milan[2], appelle à bon droit l'attention, tandis que le sujet de la controverse est par lui-même de la plus grande importance.

Ce qui forme notamment le prix de cette dissertation, c'est l'entraînement qui se fait remarquer dans le système défendu par les deux savants jurisconsultes, dans les questions que soulève la réorganisation de la législation en Italie. Prenant pour point de départ l'idée fondamentale de la chose jugée, M. Giuliani examine successivement les questions relatives à l'organisation judiciaire, à la troisième instance, à la nature des attributions de la Cour suprême de justice ou de cassation, institution, selon lui, propre à l'Italie, et qui aurait été pour ainsi dire défigurée en France, même sous le rapport de la dénomination.

En ce qui concerne l'ensemble des réformes à apporter à la législation, les deux éminents jurisconsultes, bien qu'ils se montrent sur ce point moins d'accord, ne cessent cependant de

[1] *La Legge; Monitore giudiziario e amministrativo del regno d'Italia;* 1re année, nos 112 à 115 (13, 14, 16 et 20 sept. 1861).

[2] M. Bandi est retourné à la Cour de cassation de Florence, en qualité de conseiller.

déplorer, l'un et l'autre, l'invasion des doctrines étrangères dans le domaine de la jurisprudence et de la législation. Ils expriment notamment un jugement sévère sur le Code et les institutions piémontaises, comme n'étant que de serviles copies du modèle (tipo) français.

Ces idées qui ont été reproduites dans le cours du débat actuellement engagé, ne tendraient à rien moins qu'à rejeter la législation des provinces de l'ancien État piemontais en dehors de la communauté nationale, ou du moins à la placer dans un état de suspicion qui certainement offrirait quelque danger. Il faut avouer que si les deux jurisconsultes que nous venons de nommer, tous deux de la contrée la plus centrale de l'Italie, se prononcent avec tant de vigueur contre toute influence étrangère, relativement à la législation, cette opinion, à la vérité, surgit à propos, pour contre-balancer les efforts des esprits imbus du sentiment de la haute valeur du Code d'Autriche[1]. C'est ainsi que, par une espèce de tacite accord, et s'inspirant de la maxime tutélaire de n'attribuer aucune préférence à aucune des formes que la législation et l'ordre judiciaire, dans l'une ou l'autre partie de la Péninsule, ont revêtues comme étant toutes plus ou moins affectées d'une tache étrangère, tous les vrais partisans du droit (national) devraient se mettre à la recherche des éléments dont le passé de l'Italie est si riche en matière de lois et de jurisprudence, en se rappelant l'ancienne devise :

Antiquam exquirite matrem.

Le problème est sublime et mérite le plus sincère, le plus cordial assentiment de la part de tous ceux qui apprécient le sort désormais assuré à l'Italie, de n'appartenir qu'à elle-même. Le seul péril est qu'une entreprise de cette nature, quels que soient d'ailleurs les infatigables efforts des hommes studieux, ne puisse répondre au besoin urgent d'unification dont, Dieu merci, les plus grands partisans du droit italien, et les deux écrivains sont de ce nombre, se déclarent pénétrés à un point qui doit inspirer une grande confiance dans l'avenir de la patrie. M. Giuliani ne craint même pas de s'écarter des strictes limites du pro-

[1] V. aussi *Giov. Carcano, il Codice civ. Austriaco ed i suoi caratteri* (Mil., 1860), §§ 1 et 2, p. 144 et suiv. — Revue Fœlix, IIe série (*Revue de droit fr. et étr.*), t. II, B. B., p. 62. (*Note du traducteur.*)

blème en repoussant le projet d'organisation de l'Italie par régions. On ne saurait que louer cette franche profession de foi dans des questions d'un ordre aussi élevé.

Donc si, par aventure, le préjudice résultant des fluctuations des institutions judiciaires, se faisait ressentir dans l'administration de la justice au point qu'il importerait d'y pourvoir avec quelque sollicitude; si, d'un autre côté, toute réforme quelle qu'elle fût, devait répondre à certaines conditions scientifiques auxquelles le garde des sceaux, M. Cassinis, dans le préambule du projet de Code civil par lui annoncé au parlement, a rendu un si éclatant hommage, il faudrait chercher à établir certains points sur lesquels mutuellement on se mettrait d'accord.

M. Giuliani semble partager l'avis à l'endroit susmentionné (n° 76), que le Code dont il s'agit ne doit pas seulement, comme le pense M. Bandi, expliquer les parties douteuses du droit, introduire dans les parties variables les changements commandés par les temps et renvoyer pour les autres aux lois du droit romain.

M. Giuliani observe avec raison qu'admettre ce principe, ce serait faire surgir de nouveau les nombreuses controverses des anciens docteurs, qui ont tant disputé sur chaque partie du droit romain.

Il voudrait, lui à son tour, transporter dans le nouveau Code toutes ces parties du *droit romain* qui devraient y trouver place pour le rendre aussi complet et parfait que possible.

Il voudrait ensuite, pour sauvegarder les droits de la science, que la faculté fût accordée d'alléguer, dans les contestations devant les tribunaux, les lois romaines quand elles peuvent servir à mieux expliquer les dispositions des nouveaux Codes, à en mieux faire saisir l'esprit et la raison qui les animent.

A ces observations on peut, il nous semble, faire toujours cette réponse naturelle, à savoir qu'un Code de lois, pour répondre à son but selon l'état actuel de la civilisation, doit être complet en ce sens qu'il doit comprendre tout ce qui dépend de la volonté du législateur, et non dans ce sens, qu'il soit un recueil de toutes les règles du droit [1]. Le Code suppose la théorie du droit, il n'en tient pas lieu.

Que les sommités de la jurisprudence italienne, comme

[1] V. Mayer, *De la codification*, 3e lettre.

M. Giuliani le propose, se réunissent en savante assemblée pour tirer des sources de cette jurisprudence le Code destiné à servir de règle aux présentes et aux futures générations : plus il sera entendu que l'œuvre est la fidèle expression du droit propre à l'Italie, plus elle fera naître de questions, au lieu de les résoudre. Chercher dans le droit romain les bases de l'égalité civile, ce serait une œuvre inutile.

Si le rationalisme, par ses hardiesses, n'est pas une doctrine de nature à se faire accueillir sans réserve ; il n'en a pas moins sa légitime sphère d'action dans le droit et dans la législation : — Droit, législation, jurisprudence, sont scientifiquement, dans la pratique, des choses distinctes.

Il y a sur les personnes et sur les choses des aperçus théoriques que le droit philosophique continue à développer et qu'aucun législateur n'a le pouvoir de circonscrire. Il y a, au contraire, des points qui se rattachent à l'ordre public, social et économique, que le législateur seul peut résoudre La jurisprudence enfin, riche des enseignements des jurisconsultes romains, des innovations apportées par le droit canon, des commentaires des auteurs et des décisions des tribunaux nationaux et étrangers, invoque et utilise ces secours pour mieux pénétrer le sens des textes des lois. Ces secours, toutefois, ne sauraient être imposés comme une autorité irrécusable.

La seule autorité irrécusable est la disposition précise et claire de la loi.

II.

Afin de rendre les observations qui précèdent, sur la réforme de la législation en Italie, plus complètes, nous allons jeter un regard sur les Codes qui, en grande partie, la résument.

A l'exception de la Toscane qui est demeurée dans une situation différente, on peut compter *cinq* législations codifiées, c'est-à-dire celles des provinces des Deux-Siciles, de Modène, de Parme et Plaisance, de la Lombardie et du Piémont ; car les Codes du Piémont forment aussi la législation des anciennes provinces des États de l'Église, y ayant été publiés à l'époque de l'annexion, sauf quelques modifications.

Qu'on prenne chacun de ces Codes : dans leur plan, comme dans leur ordonnance, on reconnaît leur dérivation du Code Na-

poléon, à l'exception du Code d'Autriche. Cependant malgré l'étroite analogie qui en résulte entre ces divers Codes, on y aperçoit des différences *vitales*, indépendammeut des théories de droit, qui, pour la plupart des matières, procèdent, comme d'une source commune, du droit romain.

Pourquoi de telles différences? Elles ne sont, à les bien considérer, que le résultat des différents points de vue dans la théorie du droit, selon l'état politique de la contrée, lors de la rédaction de chaque Code. Il faudra en dire autant de la condition économique et d'autres circonstances qui influent sur la vie civile des populations.

Pour n'indiquer que les différences profondes que la raison politique introduit, non-seulement dans la législation pénale, mais aussi dans les lois civiles, on les aperçoit facilement dans l'exemple fourni par le Code d'Autriche.

Ce Code, qui fut un essai du système d'unité de législation dans un vaste empire formé de nationalités diverses [1], avait plutôt pour but de mettre un terme aux divergences du droit que d'offrir un ensemble de dispositions de nature à constituer une jurisprudence positive. C'est, en effet, le dessein qui est tracé en traits fort clairs dans ce Code conçu plutôt dans un langage scientifique que dans le style du langage législatif. Aussi il renvoie, sur bien des parties, aux instructions destinées à lui servir de complément. Le résultat en a été que cet élément à part a fait une large invasion dans les contrées où ce Code fut en vigueur et l'a profondement vicié [2].

Rien, en général, de tout cela dans la législation en vigueur dans les autres parties de la Péninsule : l'idée de codifier la législation y a donné la vie à un ensemble de dispositions ayant pour but de régler, par des dispositions positives, les intérêts qui en formaient l'objet. On peut dès lors, dans ces Codes, reconnaître le droit vivant des pays respectifs, sauf les modifications introduites par des rescrits souverains, mal invétéré en Autriche, à Rome, à Naples et dans quelques autres

[1] C'est un fait très-curieux que la première expérience en fut faite dans une province slave, la Gallicie (*Concordance des Codes civils*, etc., IIe édit., 1856).

[2] V. la *Concordance*, t. I, CXIV à CXVII (nos 22 à 25), CXLII, CXLIV. — Revue Fœlix, 1846, B. B., 30. (*Note du traducteur.*)

États, et dont le Piémont s'est complétement affranchi dès avant 1848 [1].

De toutes ces législations, le Code Charles-Albert est le seul dont on ait publié les discussions et les motifs. Les écrivains qui trouvent si commode d'accuser ce Code, soit d'un pur servilisme envers le droit français, soit d'un attachement trop exclusif aux usages du Piémont, ne se sont pas probablement donné la peine d'observer les considérations qui ont servi de guide et, pour ainsi dire, de *criterium* dans la rédaction du même Code [2]. Citons seulement un passage de l'*Exposé des principes et de l'ordre, suivis dans la rédaction du Code civil.*

« Par rapport au caractère matériel des dispositions, la « commission a pensé, en tant qu'il s'agit de celles qui sont « entièrement fondées sur le *droit naturel* et sur l'*équité*, et « même sur cette partie du *droit positif* qui n'est pas stricte- « ment assujetti à l'influence du droit politique, que les nou- « veaux Codes en présentent un exposé rationnel, simple, clair « et exact, en tout ce qu'il y a de plus évidemment juste et « utile dans les *préceptes du droit civil*. Il lui a donc paru op- « portun d'adopter beaucoup de parties de ces Codes *et surtout* « *celles empruntées au droit romain* (corpo *del diritto romano*), « après les avoir dégagées des subtilités et des accidents propres « aux temps où il fut compilé. La commission s'est confirmée « dans cette idée avec d'autant plus de sécurité que l'*expérience* « d'une législation pareille, jusqu'à présent en vigueur dans « une partie de la monarchie [3], a fait connaître ce qui convient « le mieux aux mœurs et aux habitudes des populations, et,

[1] L'usage de rescrits et de décrets souverains, on le sait, existait dans l'ancienne jurisprudence française avant 1789, et dans toute l'Allemagne, notamment en Prusse, jusqu'à 1848. En Russie, il forme encore toujours la base des (XI) Codes ou Digestes (Svods, rédigés depuis Pierre le Grand (1700) jusqu'à nos jours (1832), Codes qui, n'étant qu'une collection des rescrits, des *ukaz* impériaux, malgré l'infatigable activité de la *Commission de législation*, succombent en quelque sorte sous leur propre poids. — (V. *Concordance des Codes civ.*, t. I, CXXX et suiv. (nos 41, 45, 47, 55); t. III, 278. — *Revue critique*, XII, 164. — Revue Fœlix, II, 385, 513; VIII, 512, 666 *Russie*); V, 695 (*Allemagne.*) (*Note du traducteur.*)

[2] V. la *Concordance* citée *passim*, t. I, CV, § 2, nos 10, 14, 15; CLIII; t. II, 171, 574, 597; t. III, 21; t. IV, 381. (*Note du traducteur.*)

[3] La Ligurie, qui jusqu'à cette époque-là était restée en possession du Code Napoléon, sauf certains titres, ainsi que du Code de commerce, et des lois de procédure qui y avaient rapport.

« par suite, ce qu'il y avait d'utile à conserver de ces lois et ce « qu'il eût été dangereux de laisser subsister. Sans nuire à « l'unité du système, la commission n'a pas omis, dans son « projet, d'accorder autant que possible une place à notre « législation actuelle, et si elle est arrivée ainsi à en devoir « modifier l'expression et les formes, elle n'en a guère moins « cherché à en reproduire l'esprit. C'est surtout dans les ma- « tières si importantes de la jouissance et de la privation des « droits civils, du mariage, de la puissance paternelle, de la « distinction des biens, des successions, de même que dans « tout ce qui est relatif à la confection des lois, que la com- « mission a cherché à s'approprier, aussi strictement que « possible, les principes pratiqués chez nous jusqu'à présent. »

Le dessein est clairement tracé : c'est un compromis entre la conservation des règles regardées comme fondamentales pour l'ordre social, et l'esprit d'émancipation des formes caduques d'un droit vieilli. Malheureusement l'attachement au premier de ces deux ordres d'idées fut poussé un peu au delà du nécessaire. ***Ainsi la liberté civile à peine ébauchée se trouvait à l'état de l'adolescence, tandis que la liberté politique prenait un développement inespéré*** [1].

[1] Tel a été aussi l'avis du fils du rédacteur du Code Napoléon et du Concordat, de l'illustre premier Président, comte Portalis. Au père était échue la glorieuse mission de soutenir l'œuvre de son Souverain devant les corps de l'État ; au fils, celle plus modeste sans doute, d'expliquer à une savante Académie l'œuvre d'une nation et d'un Roi amis. S'il nous était permis dans cette *Revue*, selon la définition du jurisconsulte romain (*divinarum et humanarum rerum scientia*) ou selon la définition d'un écrivain qui, cette année encore, siégeait dans cette Académie d'où une fin prématurée vint l'arracher à ses brillants travaux (« l'alliance entre le droit, l'histoire et la philosophie »), d'emprunter une expression *politique*, nous oserions dire : Vingt ans avant l'affranchissement définitif et irrévocable de la vieille Italie, opéré avec le concours de l'héritier de Napoléon, l'illustre premier Président, par son beau rapport du Code Albertine, a acquitté la dette du jurisconsulte envers cette *Mère Romaine*, aux mamelles de laquelle les Gaules barbares sont devenues la *France impériale du XIX^e^ siècle*, le droit celte, informe, mystérieux, si contesté, le Code qui, depuis un demi-siècle, rayonne sur l'Europe (V. *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. II, p. 41, 153 et suiv., surtout t. III, p 15; t. IV, p. 115, surtout la conclusion). Le Souverain, qui a donné à l'Europe (et voilà encore un autre lien de rapprochement) le *Code du XIX^e^ siècle* comme celui qui allait donner son Code à l'*Italie une et libre*, tous deux, en exil, ils devaient expirer *sur la terre étrangère*, loin du sol de leurs aïeux ! (*Note du traducteur.*)

Cette transition, par un rare bonheur, s'étant opérée dans les voies légales, il en est résulté un état de choses que les populations appelées à partager la communauté des destinées du vieux Piémont, n'ont pu d'abord ni comprendre ni apprécier.

Avec un atticisme qui touche en quelque sorte à la compassion, on entend quelquefois répéter que les Italiens ne se laissent guère séduire par la sagesse des lois piémontaises.

Qu'on songe cependant qu'il ne faut pas qu'il fût d'une sagesse si vulgaire, l'esprit de ce régime qui a préparé les populations liguriennes et subalpines à aborder la pratique des franchises constitutionnelles avec une assurance et une prudence qui ne trouvent guère d'exemples.

Peut-être pourrait-on en tirer la conséquence que cette défiance à accorder une plus large mesure de liberté dans ce qui était du rapport du Code civil n'a pas été toute dans l'intérêt du pouvoir absolu, mais tendait à armer l'autorité souveraine contre les piéges qui la menaçaient dans un État entouré de gouvernements hostiles, qu'elle tendait, en un mot, à maintenir, dans toute sa vigueur, ce pouvoir qui méditait un bien autre affranchissement.

On pourrait encore demander si, durant la période qui a précédé ces heureux événements, la législation civile, commerciale et pénale du Piémont a mis des entraves au développement civil et industriel du pays; si, malgré ses défauts, elle n'a pas servi, au contraire, à en stimuler l'activité, et si, pour passer sous silence d'autres preuves, on n'en trouverait pas une assez frappante dans la prospérité commerciale de Gênes comparativement à celle des autres cités sœurs de la Péninsule [1].

Quoi qu'il en soit, ce respect professé pour les principes constitutifs de la législation subalpine doit aujourd'hui faire place à de plus larges pensées. Mais croit-on ensuite se mettre sur la voie de ces pensées en professant dans la législation le culte exclusif de l'idée romaine, et en y associant toutes les pratiques judiciaires qui s'étaient maintenues là précisément où la légis-

[1] *Gênes*, la superbe, *emporium totius Liguriæ* (Strabon), la cité des familles patriciennes-commerçantes, des Doria, des Spinola, des Grimaldi et des Fieschi, la patrie de Chr. Colomb, protégée par sa longue cuirasse Apennine contre les vents comme contre les invasions du Nord, semble, penchée vers la Méditerranée, avec sa sœur phocéenne, en convoiter et le commerce et l'empire! — *(Note du traducteur.)*

lation n'avait pas été codifiée, comme dans les provinces des ci-devant États pontificaux; ou bien, ne l'ayant été qu'en partie minime, on aurait encore suivi dans celle-ci une marche, ne peut-on pas le dire, au rebours de toutes les législations modernes?

III.

L'excursion faite dans la lettre précédente a eu pour but de montrer quels sont les principaux traits distinctifs des législations actuelles de l'Italie. Il nous paraît utile à présent de nous arrêter un peu aux conditions dont leur révision devrait être accompagnée.

En effet, on ne saurait concevoir le projet de former un corps de droit positif, comme il en est question dans les écrits de MM. Giuliani et Bandi, sans y attacher l'idée d'une œuvre législative, réunissant les conditions indispensables pour constituer le droit civil actuel de l'Italie.

Lorsqu'on blâme avec tant d'aigreur l'idée de réduire le droit aux formes d'un Code moderne, on ne devrait pas oublier cependant que Tacite, qui était pourtant un Italien, se montre admirateur des lois des Douze Tables au point de les appeler *finis æqui juris*, et que Cicéron en a fait l'éloge que chacun sait [1].

Ces grands génies ont pensé probablement que si un Code de lois est une œuvre de grande sagesse et, par sa nature propre, une œuvre qui doit durer, il ne saurait par cela seul être regardé comme une entrave pour les études, pour la culture des esprits et pour les progrès du droit.

Il est vrai que sur tous ces points les idées se sont bien modifiées depuis l'époque de la promulgation du Code Napoléon. On se disputait alors à exalter ce Code comme un livre qui dispensait de rechercher les doctrines des temps passés. Ces opinions vulgaires provenaient de l'époque de faibles et misérables études, qui a suivi de près la Révolution française. De pareilles exagérations n'étaient jamais entrées dans les hautes intelligences qui avaient mis la main à ces Codes. Jurisconsultes et hommes d'État, ils savaient fort bien que seconder la pensée de l'arbitre du sort de la nation relativement à la rédaction d'un Code des lois, ce n'était pas déserter la jurisprudence ni

[1] *Annal.*, liv. III, § 27. — Cic., *De orat.*, liv. I, § 44.

la doctrine. Si une pareille intention fût entrée dans l'esprit de Napoléon, il se serait contredit lui-même dès l'instant qu'il confiait l'application de ces lois aux corps judiciaires, sous la tutelle de formes qui assuraient la liberté des discussions et l'usage de toutes les armes que celle-ci admet [1].

Il ne paraîtra pas inutile d'avoir jeté un coup d'œil rétrospectif sur les rapports qui existent entre l'œuvre de la codification et les époques respectives de la civilisation, au début d'une controverse suscitée à ce sujet lors de la reconstitution actuelle de l'Italie.

Ce nom si vénéré, si cher, est celui d'une nation qui s'est substituée à une agglomération d'États, dont chacun était régi par des formes de législation assez différentes.

La transformation politique fut scellée d'un seul Code appelé à former le pacte d'union des populations des diverses contrées avec la dynastie et le gouvernement constitutionnels.

Mais l'existence de la nouvelle monarchie italienne ne tient pas seulement à l'unité de la vie politique : *elle sera ou elle ne sera pas un fait* (fatto), *selon que l'unité nationale se transmettra, se transfondra dans la vie civile.*

Ce problème (*sintesi*) doit principalement être l'œuvre du Code civil. Les principes qui tendent vers un pareil but, tout en

[1] V. la *Concordance des Codes civ.*, t. I, XCIX. « Il y a, osions-nous dire (dans l'Aperçu sur les origines du droit civil moderne, n° 1), dans l'existence sociale des nations un moment où, résumant les éléments de leurs « institutions civiles dans un Code uniforme, elles semblent renoncer pour « toujours (il fallait dire : *pour quelque temps*, à leurs traditions juridiques. « Tel fut le moment de la promulgation du Code Napoléon. » Depuis Justinien et le législateur Visigoth jusqu'au grand Frédéric et au Législateur du XIX^e^ siècle, c'était toujours la même volonté souveraine de mettre un terme aux contradictions de la jurisprudence, aux disputes des docteurs et des écoles. Pour extirper le mal, le législateur s'est risqué quelquefois, comme l'ont tenté, avec un esprit de parenté remarquable, Frédéric II et la Convention de 93, jusqu'à la suppression des mandataires et des défenseurs légaux : le chancelier Carmer, chargé de continuer l'œuvre de Frédéric et de Cocceji, son grand chancelier, emprunta en outre à Justinien l'idée, développée depuis par Suarez (Code prussien de 1793, promulgué le 5 février 1794), d'enlever aux tribunaux la faculté d'interpréter la loi, par l'institution d'une commission législative (*G. G. Commission*). Les lois de juin 1846 se sont rapprochées, sur ces points encore, de notre législation française (Revue Fœlix, XIV (1847), 142-46, n^os^ 2-7).

Le législateur de 1804, M. le premier président de Gênes nous l'apprend, en confiant l'application des lois aux corps judiciaires, a évité de pareils écarts. (*Note du traducteur.*)

réfléchissant en général le droit privé, il ne faut pas l'oublier, tiennent à un ordre plus élevé; c'est à eux à développer et, pour ainsi dire, à mettre en action ces droits qui existent en germe et qui sont garantis dans le Code politique, sous la salutaire action des lois qui déterminent l'étendue et les vraies limites de la liberté civile. De ce nombre, par rapport au Code civil, sont bien certainement les dispositions qui règlent la condition des sujets italiens comme membres de l'État, leurs rapports mutuels avec l'universalité des Italiens et ceux avec les étrangers; celles qui déterminent les rapports de famille, les effets plus caractéristiques du droit de propriété et ses modes de transmission. Toutefois, qu'on veuille bien le remarquer, l'action de ces principes fondamentaux ne se fait pas moins ressentir dans les autres Codes particuliers que dans le Code civil : et, pour passer ici sous silence le Code pénal qui traite d'une matière trop différente, ni l'ordre et la hiérarchie judiciaires, ni les formes mêmes de la procédure, autant qu'elles réflètent les modes d'introduction des demandes, l'administration et l'examen des preuves et le débat oral (*dibattimento*) qui est l'âme des jugements tant au civil qu'au criminel, — ne sauraient se soustraire à l'action de ces mêmes principes constitutifs de l'édifice politique. PINELLI.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDES SUR L'HISTOIRE ET LES PROGRÈS DE LA LÉGISLATION PÉNALE ET DE LA PROCÉDURE CRIMINELLE DU CANTON DE BERNE DEPUIS 50 ANS, ET NOTAMMENT DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CRIMINELLE ET DU PROJET DE CODE PÉNAL DE 1852 [1].

Par M. PROTENHAUER, professeur à l'Université de Berne.

Compte-rendu par M. J. BERGSON, docteur en droit.

La procédure criminelle de Berne était régie, comme celle de l'Allemagne depuis le XVI^e^ siècle, par l'ordonnance crimi-

[1] *Die Vorzuge des neuen bernischen Strafgesetzes; Beiträge zur Geschichte und Beurtheilung der Bernischen Straf G.G.* (Berne, 1850, 1855).

nelle de Charles V, connue sous le nom de *Caroline* (*Constit. crim. Carolina*) [1].

La première révolution apporta à la Suisse le *Code de procédure criminelle* du 4 mai 1799, traduit en deux jours, sur le Code criminel de la république française, « le plus humain de tous les Codes européens, » selon l'expression de la commission qui fut chargée de ce travail.

Plusieurs projets furent élaborés pour remplacer l'œuvre de 1799. Notons celui du professeur Tscharner, en trois parties, de 1811; un autre rédigé par une commission présidée également par M. Tscharner, du 10 février 1817. L'un et l'autre échouèrent.

Un nouveau Code civil ayant été promulgué en 1830, une nouvelle commission, présidée par le juge supérieur Bitzius, fut instituée en 1839 et elle soumit, le 5 mai 1851, son rapport au grand conseil. Le grand conseil discuta la partie première et générale, en sept titres, et en ordonna l'impression ainsi que de la deuxième partie spéciale, et cette impression eut lieu en 1843 à Berne. En février 1844, le conseil discuta la deuxième partie, composée de dix-neuf titres. Le titre 7, qui traitait des *injures*, le titre 19, *des abus de la presse*, provoquèrent des débats animés au sein du conseil; le titre 194 fut renvoyé à une commission chargée d'élaborer un projet de loi spécial sur la *presse* dans l'esprit le plus libéral, devant servir d'une espèce d'appendice au Code général.

En décembre 1844 le grand conseil reprend la discussion des paragraphes, ainsi que des deux titres amendés. La *partie générale*, les titres 1 à 16 et 18, sont adoptés. La question de savoir si le Code criminel serait publié avec ou sans une loi sur la presse, renvoyée à une *future* séance, fait ajourner le travail entier.

La nouvelle constitution de 1846 du Canton garantissant l'introduction de la *publicité*, du *débat oral* et du *jury*, fit reprendre l'œuvre si souvent ajournée. Un nouveau Code de procédure criminelle fut enfin publié le 2 mars 1850, et mis en vigueur à partir du 1er janvier 1851.

Nous allons, sur les pas du professeur distingué de la faculté

[1] V. la *Revue* de cette année, IIe partie (*Précis de l'hist.*, etc., §§ I, III, et les précieuses *notes* de M. le traducteur, surtout p. 868, note 2; p. 872, note 1). V. aussi mon essai : *De la nouvelle procédure civile et criminelle de la Prusse* (1847), n° 18, p. 48.

de Berne, retracer dans un ordre numérique la supériorité de la nouvelle procédure criminelle du canton. Ce sont à peu près les mêmes avantages que nous avons eu l'occasion de signaler, il y a déjà une quinzaine d'années, dans la nouvelle procédure criminelle de la Prusse, le fond, la base, de l'ancienne procéduro ayant été pendant trois siècles, en Suisse comme en Allemagne, la même ordonnance criminelle de Charles V ou la *Caroline* [1].

I. Institution du *ministère public* chargé de la mission de poursuivre dans l'intérêt de la société, les crimes et les délits. Par là le juge d'*instruction*, autr fois véritable *juge* d'inquisition (*inquirent*), a recouvré la dignité de ses fonctions judiciaires.

II. Séparation de la procédure *préliminaire*, écrite, secrète, de la partie *principale*, dramatique, l'audience, ayant pour but l'examen des preuves et pour terme le jugement. Le juge examinant à huis clos les charges fatiguera, épuisera par des séances prolongées bien avant dans la nuit, les forces du prévenu, afin de lui arracher l'aveu. Dans ce but, il le laissera languir pendant des mois entiers en prison, pour vaincre son obstination; il l'enfermera dans un cercle de question captieuses; il lui tendra des pièges continuels et prolongera à dessein l'instruction pendant des années entières.

Par là s'explique le cri de réprobation générale et unanime, élevé par l'Allemagne tout entière, contre la procédure et les poursuites dont des patriotes, tels que les Jordan, Weidig, furent l'objet de la part de gouvernements tels que celui de l'Électeur de Hesse, au ministre duquel le peuple hessois, par un ingénieux anagramme, infligea le surnom flétrissant de *fléau de la Hesse* [2].

Comment la nouvelle procédure a-t-elle résolu le problème ardu, si souvent abordé, si diversement résolu, celui qui consiste à former la *conviction* du juge sur la culpabilité et la non-culpabilité du prévenu? Par des procédés simples et naturels dont, à force d'y être habitués, nous avons en France, comme bien d'autres choses, oublié d'apprécier les incalculables avantages, mais dont l'Allemagne et la Suisse, où ils ont suc-

[1] *Loco cit.*, nos 24 et suiv.; V. surtout p. 51-56.

[2] *Hassenpflug* ou *Hessenfluch*; V. ma brochure : *L'Allemagne et la question d'Italie* (1861, n° 10, p. 39).

cédé depuis quelques années seulement à cette lourde machine connue autrefois sous le nom de *preuves légales*, ont salué naguère l'inauguration avec des transports de joie, qui ne se sont pas encore refroidis jusqu'à ce jour. La nouvelle procédure replace le prévenu en présence du juge, appelé désormais à prononcer sur son sort en audience publique. Les deux parties principales, le ministère public et le prévenu, assisté de son défenseur, croisent leurs armes sous les formes tutélaires de la *procédure d'accusation*, l'élément inquisitorial étant représenté par le président chargé de la direction des débats. Les matériaux, les pièces de conviction, rassemblés dans le cours de l'instruction préliminaire, se déroulent à l'audience publique.

L'audience et la nouvelle procédure se distinguent entre elles à peu près comme une pièce dramatique, lue en comité ou dans le silence du cabinet, de celle représentée sur la scène, devant le public rassemblé pour y trouver un sujet d'enseignement et pour la juger.

III. *Publicité* des débats judiciaires.

IV et V. Economie de temps, diminution de frais, possibilité d'employer pour le jugement le jury.

Exemples empruntés à des causes célèbres dans les annales judiciaires de l'Allemagne;

Premier exemple tiré de l'*ancienne procédure :*

Instruction contre Wendt, menuisier, accusé à tort d'avoir empoisonné sa femme et plusieurs autres personnes;

Commencement de l'instruction à la fin de 1830;

1834, publication de la première sentence par laquelle le prévenu est condamné à mort;

1836, deuxième sentence prononçant l'acquittement *provisoire* du prévenu (*absolutio ab instantiâ*) [1].

1838, troisième sentence prononçant l'acquittement définitif du prévenu.

L'instruction avait amené par les moyens connus sous le nom de *media eruendæ veritatis*, précieux legs de la procédure canonique, l'aveu du prévenu innocent. En 1839 on découvrit le véritable auteur du crime. Ce procès fit éclater au grand jour les dangers de faire juger le prévenu sur de *simples indices*, par

[1] V. mon essai : *De la nouvelle procédure civile et criminelle de la Prusse* (p. 52 et 64, §§ 19 et 22).

un juge qui puise exclusivement son intime conviction dans les pièces de la procédure écrite.

Deuxième exemple emprunté à la *nouvelle procédure* :

Poursuites contre les époux Maning, à *Londres*, prévenus d'avoir assassiné leur ami de maison, le collecteur Patrick O'Connor (9 août 1845);

Découverte du cadavre, enterré dans la cuisine des époux (17 août);

18 août, inspection et reconnaissance du cadavre par le *coroner*, les époux ayant pris la fuite;

21 août, arrestation de la femme Maning à Edimbourg;

27 août, arrestation du mari à Jersey;

23 octobre, mise en accusation prononcée par le grand jury;

25 *id.*, commencement des débats devant le jury;

26 *id.*, fin des débats; le jury déclare, après trois quarts d'heure de délibération, les époux Maning coupables;

13 novembre, leur exécution par la corde, cette exécution ayant été retardée par suite de l'appel interjeté par la femme Maning.

Troisième exemple : procès des assassins du général Auerswald et du prince Lichnowsky (18 septembre 1848).

Deux cents témoins sont entendus; l'instruction s'étend successivement contre soixante-deux individus :

Ce procès monstre est terminé en quinze mois; les débats publics, commencés à Hanau le 8 avril, sont clos en quelques jours et la condamnation de sept prévenus est prononcée le 27 avril.

Enfin l'adjonction d'un *jury populaire* fut impossible avec l'ancienne procédure. Le nouvelle procédure seule, en affranchissant le jury de la théorie des *preuves légales*, en lui imposant une opération purement humaine, a rendu cette adjonction possible [1].

Le Code du 2 mars 1850 a été complété par deux novelles, savoir : 1° celle du 11 décembre 1852, ayant pour objet, par l'extension de la compétence des tribunaux de police et des tribunaux correctionnels, de diminuer le nombre des affaires des cours d'assises; 2° celle du 12 mars 1853, qui a pour but, en

[1] V. *loco cit.*, p. 55 (le *jury-magistrat* de la loi prussienne du 17 juillet 1846).

simplifiant et abrégeant la procédure, d'accélérer la marche de la justice. Une nouvelle édition officielle du Code de 1850 a été publiée en 1854; cette édition toutefois ne contient pas les dispositions relatives à l'organisation et à la compétence des tribunaux.

La réforme de la législation *pénale* dans le premier, dans le *canton directeur* de la Suisse, resta un peu en arrière de celle de la procédure criminelle. Le Code pénal de la république d'Helvétie du 4 mai 1799, copie, opérée avec une rapidité digne de son modèle, du *plus humain de tous les Codes européens*, méritait de figurer à côté de celui dont les rédacteurs avaient inutilement demandé la communication aux conservateurs de la *Bibliothèque nationale*[1]. Malheureusement pour le canton de Berne, le plus humain des Codes y survécut à la chute de la république de l'Helvétie (1803), et il fallait se borner à remédier par des lois spéciales, tout en le laissant subsister, « afin de ne pas abandonner le jugement des cas criminels » à l'arbitraire absolu des juges (ordonnance du 27 juin 1803). Le *Schultheiss*, le petit et le grand conseil du canton de cette époque ne s'étaient pas probablement imaginé que l'œuvre de 1799 se maintiendrait jusqu'à ce jour.

Ils ne manquaient pas cependant de nommer à cet effet des commissions. Celle de 1811, sous la direction de Wattenwyl (le *landvogt*) et de Tscharner, le professeur, élabora un projet de Code pénal, en trois parties. Une nouvelle commission (Lederberg) fit là-dessus un travail de révision. Toutefois de nouveaux motifs s'opposèrent à l'adoption du nouveau projet et une troisième commission *spéciale* fut instituée le 10 février 1817. Celle-ci chargea le professeur Henke, auteur d'un excellent Traité de droit criminel, assisté de son collègue Kuhn, de la rédaction, et ils présentèrent la première partie ou *partie générale* d'un Code. Une maladie du professeur Kuhn fit échouer le nouveau projet. Enfin quinze ans plus tard, en 1836, une troisième commission fut nommée et elle publia, au printemps de 1839, un projet élaboré par le juge supérieur Tellier. Elle fit

[1] On sait que la Convention ayant chargé un comité de la rédaction d'un Code pénal, celui-ci s'adressa aux conservateurs de la bibliothèque nationale, leur demandant communication d'un exemplaire des *Lois de Minos*. Celles de Solon lui avaient sans doute paru offrir encore un caractère trop aristocratique.

son rapport au grand conseil le 5 mai 1841. Le grand conseil termina les délibérations sur les six titres de la partie générale en six séances (février et mars 1843) Renvoyé à la commission il revient au grand conseil au mois de juin 1843, et le projet amendé fut réimprimé et publié dans le cours de la même année [1].

Les délibérations sur la deuxième partie, la partie spéciale, composée de dix-neuf titres, furent reprises au mois de février 1844. Les deux titres 17 et 19, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, furent détachés de l'œuvre principale et renvoyés à la commission qui, après avoir remanié principalement ces deux titres, soumit de nouveau son travail au conseil (décembre 1844). Alors recommença la question de savoir s'il fallait publier le Code pénal avec ou sans une loi sur la presse, et cette question préjudicielle et de pure forme fit *échouer un travail de longues années*, le grand conseil ayant ajourné la solution de cette question à une *future séance!*

J. BERGSON.

[1] *Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Republik Bern.* (1843).

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont,
docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Réflexions sur l'influence de la jurisprudence considérée comme réalisation du droit.
2. Transition à l'examen de la jurisprudence sur la nature de l'action en reprise ou remploi des biens de l'un des époux, aliénés ou consommés pendant le mariage.
3. Position de la question. Hypothèse dans laquelle elle a fait difficulté.
4. Solution de la Cour de cassation : les prélèvements sont l'exercice d'un droit de *propriété*, en sorte que l'action est mobilière ou immobilière suivant l'événement du partage.
5. Arrêt récent de la Cour d'Angers, d'après lequel les prélèvements seraient l'exercice d'un droit de *créance*. Examen et réfutation.
6. Suite. Examen et réfutation d'une opinion analogue émise par M. Troplong.
7. Preuves à l'appui de la jurisprudence de la Cour de cassation.
8. Conclusion. Application spéciale : arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1854.

1. Si la jurisprudence n'est pas la loi qui commande; si elle n'est pas même le droit qui se meut dans le domaine de la théorie; elle peut du moins être regardée comme la réalisation du droit sur le terrain de la pratique : et l'on comprend que sans rien abdiquer de leur indépendance, les tribunaux se considèrent comme astreints à suivre les données de la jurisprudence sur les points qu'elle a définitivement consacrés.

Mais à quel moment, à quelles conditions et par quel nombre de décisions conformes la jurisprudence s'impose-t-elle comme un guide dont il convient de suivre les pas? Sur ce point, où il serait difficile, d'ailleurs, de préciser le rapprochement des faits et leur comparaison révèlent bien des contrastes.

Il y a peu de jours, un procès était débattu dans lequel se posait la thèse célèbre de l'adoption d'un enfant naturel par son père qui l'avait reconnu. Rien n'égale l'embarras et la crainte du

demandeur qui avait intérêt à faire tomber l'adoption, si ce n'est l'assurance avec laquelle le défendeur put dire, sans que personne, sauf une exception ou deux peut-être, en fût froissé, que son adversaire reculait devant la *tentative insensée* de lutter contre la jurisprudence *certaine, invariable* de la Cour de cassation. — Et il est très-vrai, en effet, que *partout et toujours*, quand une voix veut faire entendre une protestation contre la légalité prétendue de l'adoption, par son père ou par sa mère, d'un enfant naturel reconnu, elle est étouffée au premier mot et doit se taire devant cette formule a peu près inévitable : « Il y a là-dessus la décision inflexible de la Cour suprême ! »

Veut-on savoir, cependant, quel est l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question notable ? Le voici :

En 1841, le 28 avril, la Cour, saisie pour la première fois de la difficulté, s'est prononcée pour la légalité de l'adoption de l'enfant naturel par son père qui l'avait reconnu [1]. Deux ans plus tard, la Cour s'est ravisée, et, le 16 mars 1843, elle a proclamé l'illégalité d'une telle adoption et son incompatibilité avec les principes essentiels de notre législation civile [2]. Et puis, se ravisant encore, la Cour est revenue, le 1er avril 1846, trois ans après, à la thèse de la légalité qu'elle avait primitivement consacrée [3].

Et voilà la jurisprudence qu'on présente comme *certaine*, INVARIABLE ! Voilà ce qui fait que si la thèse de la nullité de l'adoption dans le cas proposé se cache quelquefois encore dans les conclusions ou les écritures d'un procès, elle ne trouve plus une voix qui ose la produire et la défendre au grand jour de l'audience !

2. Nous ne voulons pas apprécier aujourd'hui cette décision que, du reste, nous avons combattue déjà, à l'occasion des arrêts de 1843 et de 1846 [4]. Mais, à côté de cet exemple où l'on voit la jurisprudence de la Cour suprême acceptée, malgré

[1] C. cass., ch. civ., 28 avril 1841 (*J. Pal.*, à sa date ; Dalloz, 41, 1, 137 ; Devill., 41, 1, 273).

[2] C. cass., ch. civ., 16 mars 1843 (*J. Pal.*, à sa date ; Dalloz, 43, 1, 97 ; Devill., 43, 1, 177).

[3] C. cass., ch. civ., 1er avril 1846 (*J. Pal.* 1846, t. II, p. 570 ; Dalloz, 46, 1, 81 ; Devill., 46, 1, 273).

[4] V. *Revue de jurisprudence*, t. XVII, p. 760 et suiv., et t. XXV, p. 475 et suiv.

ses étranges retours, avec l'abnégation la plus docile, on en pourrait, par contre, placer beaucoup d'autres où la jurisprudence la plus arrêtée et la plus ferme, rencontre, cependant, chaque jour des résistances nouvelles. Nous en prendrons un seul, où nous trouvons la solution d'une question sur laquelle nous nous proposons d'appeler ici l'attention du lecteur.

Il s'agit de la nature des actions en reprise ou en remploi des biens personnels de l'un des époux, aliénés ou consommés pendant le mariage, et particulièment de la question de savoir si une telle action est mobilière et si, comme telle, elle tombe dans la communauté de l'époux à qui elle appartient et qui contracte un nouveau mariage avant de l'avoir exercée; ou si elle est immobilière, et, comme telle, exclue de la communauté.

Il semble qu'il n'y a plus désormais de difficulté possible, en jurisprudence, sur ce point qui, nous en convenons, a été l'objet de très-vives controverses. En effet, cinq fois depuis 1848, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question, et par cinq arrêts dont deux portant cassation, elle a jugé, sans hésitation et invariablement, que l'action est mobilière ou immobilière suivant l'événement du partage, et partant que l'action, comme mobilière, sera tombée dans la communauté si l'époux vient à être rempli de ses reprises en argent ou en objets mobiliers, et que, comme immobilière, elle aura été exclue de la communauté si l'époux est rempli de ses reprises en immeubles [1]. Ajoutons qu'appelée à se prononcer sur ce point de droit en matière d'enregistrement, la Cour de cassation a rendu un nombre encore plus considérable d'arrêts qui tous donnent la même solution [2].

Il y a donc là une jurisprudence arrêtée, une jurisprudence dont, en ce point au moins, il serait parfaitement exact de dire qu'elle est *invariable* autant que *certaine*.

[1] Rej., 1er août 1848 (Dalloz, 48, 1, 189; Devill., 48, 1, 727; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 19); — 28 mars 1849 (Dalloz, 49, 1, 97; Devill., 49, 1. 353; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 126); — 8 avril 1850 (Dalloz, 50, 1, 135; Devill., 50, 1, 356; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 603); — Cass., 23 février 1853 (Dalloz, 53, 1, 44; Devill., 53, 1, 373; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 14); — 30 mai 1854 (Dalloz, 54, 1, 249; Devill., 54, 1. 386; *J. Pal*, 1855, t. I, p. 108).

[2] V. les sept arrêts rendus à la date des 3 et 24 août 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 372 et suiv.).

Et pourtant elle n'est pas encore définitivement acceptée. Les dissidences peuvent se produire sans crainte, car il leur arrive journellement de trouver l'appui des tribunaux. C'est ainsi que la Cour de Nancy, en 1852, et la Cour d'Angers, en 1860, heurtant de front la doctrine de la Cour suprême, ont considéré l'action en reprise comme mobilière toujours et nécessairement, quel que soit l'événement du partage [1].

Pourquoi un si complet abandon sur un point et tant de résistance sur l'autre? Comment se fait-il que là, où elle ne procède que par tergiversations, la jurisprudence de la Cour suprême s'impose, tandis qu'ici, où elle marche dans l'esprit d'unité le plus remarquable, elle est toujours contestée?

Nous signalons le contraste, et sans chercher à l'expliquer nous passons à la question que nous nous proposons d'examiner. Nous en avons dit aussi notre avis dans le *Traité du contrat de mariage*, que nous avons publié avec M. Rodière [2]; mais la question était à peu près nouvelle alors en jurisprudence, et il s'est produit depuis des théories qu'il convient d'apprécier.

3. Et d'abord, il y a certaines hypothèses dans lesquelles la nature de l'action en reprise ne peut même pas être mise en question. Ainsi, les époux étant soumis au régime de la communauté, un immeuble propre à l'un d'eux, à la femme par exemple, a été aliéné pendant le mariage : la nature de l'action en reprise sera déterminée sans aucune contestation possible, soit que le prix de l'immeuble ait été employé, soit que le remploi du prix n'ait pas été fait ou n'ait pas été accepté. L'action est incontestablement immobilière si le prix de l'immeuble aliéné a été appliqué à un autre immeuble acquis en remploi ; au contraire, elle est mobilière si le remploi n'ayant pas été fait ou n'ayant pas été accepté dans les termes de l'article 1435, la femme exerce la reprise du prix, soit dans les conditions de l'article 1492 au cas où elle renonce à la communauté, soit dans les termes de l'article 1472, § 2 au cas d'acceptation [3]. Par suite, en suppo-

[1] V. Nancy, 16 février 1852 (Dalloz, 52, 2, 273; Devill., 52, 2, 545; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 590); — Angers, 25 avril 1860 (Dalloz, 60, 2, 162; Devill., 60, 2, 292; *J. Pal.*, 1860, p. 1114).

[2] V. notre *Traité du contrat de mariage*, n° 335.

[3] V. sur tout cela notre *Tr. du cont. de mar.*, n°s 501, 828, 887, etc. *Junge* M. Demolombe, t. IX, n° 382.

sant que la femme, demeurée veuve, vienne à se remarier sous le régime de la communauté, son action en reprise de l'immeuble acquis en remploi, dans la première hypothèse, lui restera propre, tandis que, dans la seconde hypothèse, l'action en reprise du prix ira grossir l'actif de la nouvelle communauté.

Mais la difficulté se produit dans le cas où la communauté étant acceptée par la femme, il y a des prélèvements à faire par les époux avant partage, soit à raison de l'aliénation de propres dont le prix a été reçu par la communauté, soit à raison d'indemnités dues pour toute autre cause.

Posons une espèce.

Une communauté s'est formée entre Pierre et Marie. Pendant la durée du mariage, il a été versé dans le fonds commun une somme de 30,000 fr., provenant de la vente d'un bien propre de Marie. Pierre meurt laissant une communauté qui présente un actif de 150,000 fr., tant en immeubles qu'en valeurs mobilières. Ainsi la communauté a été prospère, et Marie accepte.

Quelle est, dans ce cas, la nature de son action en reprise des 30,000 fr.? Et si avant tout prélèvement de sa reprise, Marie forme une nouvelle communauté en contractant un second mariage, l'action tombe-t-elle dans la nouvelle communauté, ou en est-elle exclue? — Voilà la question.

4. M. Toullier se l'est posée le premier depuis la publication du Code Napoléon, et il s'est prononcé dans les termes les plus absolus. « L'action de la femme, dit-il [1], même en récompense ou remploi du prix de ses propres immeubles aliénés pendant le mariage, est *purement mobilière*, puisqu'elle ne tend qu'à en prélever le prix en deniers sur les effets de la communauté, d'après l'article 1433. Ainsi, cette action entre incontestablement dans la seconde communauté si, avant de l'avoir exercée, la veuve contracte un second mariage; et si, du consentement de la femme, les héritiers de son premier mari lui donnent *in solutum* un immeuble, ce serait un acquêt de la seconde communauté, *puisqu'il aurait été donné en payement d'une créance mobilière* tombée dans la communauté dès le jour de la célébration du mariage. »

[1] V. M. Toullier, t. XII, n° 111.

Nous avons combattu cette doctrine dans son principe et dans ce qu'elle a d'absolu. La communauté, avons nous dit [1], *quand il s'agit uniquement des rapports et des intérêts des époux entre eux ou leurs représentants,* donne à chacun des époux, à partir du mariage, un droit de propriété indivis sur tous les objets qui constituent le fonds commun. Ce droit éventuel, jusqu'à la dissolution de la communauté, et indéterminé tant que les choses sont en commun, devient fixe et déterminé à l'événement du partage, et par l'effet de ce partage, en vertu duquel chaque époux est censé avoir été seul propriétaire des objets à lui échus depuis le jour de la dissolution de la communauté. Cela posé, nous avons déduit les conséquences, à savoir : que le droit de reprise devant se résoudre toujours, quelles qu'en soient la cause et l'étendue, en un prélèvement, en une attribution de choses comprises dans la communauté dissoute, ce droit est nécessairement mobilier ou immobilier suivant que, lors du partage dont les effets remontent au jour de la dissolution de la communauté, il s'exerce sur des meubles ou sur des immeubles ; et partant que, le cas échéant où l'époux survivant contracterait un second mariage avant d'avoir exercé son droit, ce droit, comme mobilier, entrera dans la communauté nouvelle si le copartageant est déclaré par le partage propriétaire de meubles; en sera exclu, comme immobilier, si le copartageant est rempli en immeubles seulement; et n'y entrera que partiellement comme mobilier en partie et en partie immobilier, si le copartageant est couvert de ses reprises à la fois en valeurs mobilières et en immeubles.

Cette solution, qui avait pour elle, quand nous l'avons émise, quelques décisions isolées de Cours impériales [2] et l'opinion savamment déduite de notre collaborateur et ami M. Coin-Delisle [3], a été consacrée depuis par la Cour de cassation dans la longue suite d'arrêts ci-dessus rappelés, et les auteurs s'y sont ralliés en majorité [4], aussi bien que les arrêts des Cours impé-

[1] V. notre *Tr. du cont. de mar.*, loc. cit.

[2] Caen, 19 janvier 1832 (Devill., 41, 2, 82); Paris, 21 février 1846 (Dalloz, 46, 2, 97; *J. Pal.*, 1846, 1, 598).

[3] *Revue de dr. franç. et étr.*, année 1846, p. 657 et suiv.

[4] V. MM. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 65, note 2; Marcadé, art. 1401-1403, n° 2, et *Rev. crit.*, t. II, p. 577 et suiv.; Berriat-Saint-Prix, aux addit., n° 5879, 1°; Demolombe, t. IX, n°s 362 et suiv.

riales en général [1]; en sorte que la thèse est établie aujourd'hui aussi solidement que possible en doctrine et en jurisprudence.

Néanmoins, comme nous l'avons indiqué, des dissidences se font encore jour de loin en loin. D'une part, les Cours de Nancy et d'Angers, nous l'avons déjà dit, se rattachant à la doctrine de M. Toullier, décident que le droit aux reprises est essentiellement mobilier, alors même qu'il a pour cause le prix d'immeubles aliénés, et bien qu'il s'exerce, à défaut de valeurs mobilières, sur les immeubles de la communauté [2]. D'une autre part, M. Troplong, se dégageant ou paraissant se dégager de l'idée qui sert de base aux arrêts des Cours de Nancy et d'Angers, à savoir que l'époux est simplement créancier de ses reprises, et exprimant au contraire que l'époux agit comme *propriétaire*, ne s'efforce pas moins d'établir que le droit au prélèvement *est toujours et nécessairement mobilier*, en ce qu'il a pour objet une somme d'argent dont la communauté est dépositaire, et que les valeurs prélevées par les époux pour se couvrir de leurs reprises ne leur sont jamais attribuées, quelle qu'en soit la nature, qu'à titre de *datio in solutum* [3].

Au fond, ces deux systèmes sont identiques. Quoi qu'en ait dit Marcadé, la différence qu'on y peut remarquer est plus apparente que réelle; elle est peut-être dans les mots, elle n'est pas dans les choses. En tous cas, les deux systèmes sont absolument contraires au principe même de la loi; c'est ce que nous allons essayer de montrer : et notre conclusion sera que la seule solution juridique est celle que la doctrine et la jurisprudence ont consacrée.

5. Et d'abord, dans leur principe même, les arrêts de Nancy et d'Angers méconnaissent assurément la donnée d'où procède la loi actuelle. En effet, le Code n'a pas reproduit, sur le point

[1] V., outre les arrêts déjà cités, Caen, 7 juin 1848 (Devill., 49, 2, 565; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 279); 31 décembre 1852 (Devill., 53, 2, 344; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 14); Paris, 31 mars 1853 (Devill., 53, 2, 337; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 15); Bourges, 20 août 1855 (Dalloz, 56, 2, 41; *J. Pal.*, 1857, p. 145; Devill., 57, 2, 265).

[2] Nancy, 16 février 1852 (Dalloz, 52, 2, 273; Devill., 52, 2, 545; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 590); Angers, 25 avril 1860 (Dalloz, 60, 2, 162; Devill., 60, 2, 292; *J. Pal.*, 1860, p. 1114).

[3] V. M. Troplong, *Contr. de mar.*, nos 374 à 401. *Junge* M. Ancelot, *Rev. crit.*, t. V, p. 260 et suiv. V. aussi une dissertation publiée par M. Vielle.

qui nous occupe, la doctrine qui dominait dans l'ancienne jurisprudence, au moins jusqu'à Pothier. On admettait généralement alors le caractère mobilier de l'action en reprise. M. Toullier [1] atteste, il est vrai, d'après Duparc-Poullain [2], qu'autrefois, en Bretagne, on regardait comme immobilière l'action en reprise ou remploi, non-seulement pour récompense du prix des immeubles propres aliénés, mais encore lorsqu'elle n'avait pour objet que des sommes stipulées propres. Toutefois, ce n'était là qu'une exception ; la règle dominante, notamment dans le ressort du parlement de Paris, était que les prélèvements exercés par les époux ou leurs héritiers, avant de partager les biens de leur communauté, étaient l'exercice d'*un droit personnel de créance*, et en conséquence que sauf en ce qui concerne les reprises en nature et les remplois faits pendant la communauté, les prélèvements avaient un caractère mobilier en toute hypothèse, même quand ils étaient exercés sur les immeubles [3].

C'est cette idée de *droit personnel, de créance* que les Cours de Nancy et d'Agers ont prise pour base, et il est clair que si elle était dans la pensée du Code, la décision de ces Cours serait d'une exactitude parfaite. Car revenons à l'espèce ci-dessus posée (n° 3) : supposons qu'il soit vrai de dire que Marie, veuve de Pierre, est *créancière* de 30,000 francs à raison de son propre vendu pendant la durée de la communauté, et qu'elle a, pour cette somme, un *droit personnel* contre la masse commune; supposons qu'il soit vrai de dire que la communauté, *débitrice* de cette somme de 30,000 francs, est tenue de l'*obligation* de la payer : il est évident qu'avec de telles prémisses, il n'y a d'admissible que la conclusion déduite par les Cours d'Angers et de Nancy. De quelque manière, en effet, que la communauté accomplisse sa libération, fût-ce même en donnant des immeubles à défaut de meubles ou d'argent, il n'y aura jamais que le *payement d'une créance*, une *dation en payement*, et Marie n'en aura pas moins exercé un *droit personnel*, une

[1] M. Toullier, *loc. cit.*

[2] Duparc Poullain, t. VIII, p. 17.

[3] Coquille sur Nivernais, t. XXIII, art. 18; Bourjon, t. I, p. 622, n° 70; Bacquet, ch. 21, n° 306; Renusson, *Des propres*, ch. 4, sect. 6, n° 3; Lebrun, *Comm.*, p. 520, n° 79; Ferrières, art. 232, *Cout. de Paris*, préface; Pothier, *Des propres*, ch. 3, sect. 13, n° 16. V. aussi Merlin, v° *Legs*, sect. 4, § 2, n° 4.

action *purement mobilière*, puisque l'objet de ce droit, de cette action était une *valeur mobilière*, la somme de 30,000 francs.

Mais les rédacteurs du Code n'ont pas disposé dans cette pensée; ils ont eu d'autres vues qui, d'ailleurs, ne leur sont pas personnelles, car ils les trouvaient indiquées dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence française, où elles s'étaient produites en effet à la fin de la carrière de Pothier. Il nous l'apprend lui-même dans son *Traité des successions*, publié seulement après sa mort. Pothier se demande si les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté sont, pour la moitié dont le prédécédé en est tenu, une dette de la succession à laquelle doive contribuer son héritier aux propres qui n'a rien à prétendre dans les biens de la communauté. Et comme il est attaché, pour sa part, à l'ancienne doctrine qui ne voyait dans le prélèvement des reprises que l'exercice d'un droit de créance, il résout la question par l'affirmative. Mais il ajoute aussitôt : « Néanmoins *plusieurs pensent aujourd'hui* que l'héritier aux propres ne doit pas être tenu : ces reprises que le survivant a droit d'exercer leur paraissent devoir être regardées moins comme *une créance que comme donnant à celui qui les a un droit plus fort dans la communauté* qu'a le conjoint qui a ces reprises à exercer, *lequel diminue d'autant* celui de l'autre conjoint, qui n'en a pas de pareilles à exercer, et qu'en conséquence la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, mais plutôt *comme n'ayant jamais été propriétaire d'autre chose, dans les biens de la communauté, que de celles qui lui sont échues en son lot* après les prélèvements faits au profit du survivant, *le surplus* des biens de la communauté étant censé *avoir toujours appartenu* au survivant, qui avait des reprises à exercer; que c'est *une suite de l'effet déclaratif et rétroactif que notre jurisprudence donne aux partages.* » Ainsi s'exprime Pothier en enregistrant la doctrine qui se faisait jour à la fin de sa carrière et qu'il appelle *l'opinion moderne* [1].

Or, c'est précisément à cette opinion moderne que les rédacteurs du Code ont voulu s'arrêter. Cette doctrine qui considérait le droit de reprise comme une augmentation de la part

[1] *Tr. des successions*, ch. 5, art. 2, § 1 (*t.* VIII, p. 200 et 201 de l'édit. de M. Bugnet).

à prendre dans la communauté, ou, selon l'expression de Pothier, comme un *droit plus fort* dans les biens de la communauté soumis au partage, et qui, par cela même, tenait que les prélèvements étaient l'exercice d'*un droit de propriété*, cette doctrine, nouvelle au temps de Pothier, s'était définitivement établie. Et les rédacteurs du Code, qui la trouvaient dominante, l'ont consacrée, au moins dans les rapports des époux entre eux et pour le règlement de leurs intérêts respectifs.

Cela peut-il être mis en doute? Il suffit, pour être édifié à cet égard, de se référer aux articles 1470 et 1471 du Code Napoléon, et de voir qu'aux termes de ces articles, lesquels précisément n'ont pour objet que le règlement des droits des époux entre eux ou leurs représentants, les époux exercent leurs prélèvements, dans l'ordre indiqué, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Cela est décisif : car si les reprises ne constituaient que des créances ordinaires, si elles n'étaient pas réellement constitutives d'un droit de propriété, comment les époux qui ont à les exercer pourraient-ils avoir le droit de prendre ainsi des corps certains, des biens en nature? Aussi le droit de propriété a-t-il été proclamé par la Cour de cassation et par les Cours impériales qui en ont fait la base même de leur décision dans la longue suite d'arrêts ci-dessus cités; aussi a-t-il été reconnu par les auteurs dont nous avons également rappelé la doctrine, et M. Troplong lui-même semble ne pas le méconnaître lorsqu'il dit[1] « qu'en donnant à l'époux, pour ses reprises, un *droit de prélèvement*, le Code Napoléon a fait de la reprise une *charge réelle de la communauté*....., en sorte que l'époux reprend la chose *à titre de propriétaire* et non à titre de créancier proprement dit. »

Ajoutons, d'ailleurs, que toute idée autre que celle qui considère les époux comme respectivement investis, au moment de la dissolution de la communauté, d'un droit de propriété *dans les biens communs*, et notamment que l'idée qui fait des prélèvements l'exercice d'un droit de créance, est absolument incompatible avec la situation qui se produit alors. A l'instant même où la société conjugale finit, la communauté est dissoute; elle n'existe plus. Elle ne peut donc plus être ni débitrice, ni créan-

[1] V. M. Troplong, *loc. cit.*, n° 389.

cière, ni propriétaire. Il est dès lors impossible d'admettre que les époux ou leurs réprésentants puissent, sur la supposition qu'ils sont créanciers, exercer contre elle, qui a été mais qui n'est plus, une action quelconque. La seule chose qu'ils puissent faire, c'est de reprendre, dans la masse des biens que seulement pour rappeler leur origine on appelle encore *biens de la communauté*, ce qui revient à chacun d'eux dans la mesure des droits déterminés par la liquidation. Et comment le peuvent-ils reprendre? Évidemment comme propriétaires; car comme la propriété n'est pas et ne peut pas être à la communauté qui n'existe plus, il faut bien qu'elle soit aux époux ou à leurs représentants : sans quoi, elle ne serait à personne, ce qui légalement n'est pas possible.

Ces idées ont été mises dans tout leur jour par notre savant ami M. Coin-Delisle, et nous ne saurions mieux faire, pour clore la discussion en ce point, que lui emprunter le résumé qu'il en donne lui-même : « L'époux décédé, dit-il, ne transmet pas à ses héritiers, comme on le dit dans la pratique, une action contre la communauté; *il lui transmet les biens* qu'il aurait trouvés dans la communauté si le compte et le règlement en avaient été faits au moment de la dissolution : c'est là ce qu'il a laissé dans la succession. Il n'a pas laissé une action contre un être qui n'existe plus; *il a laissé des biens* que le compte et le prélèvement faits à l'instant de son décès manifesteront; il est mort *saisi* des biens auxquels il avait un droit acquis par le dernier état de la communauté, et par sa mort *il a saisi* ses héritiers de ce qu'il aurait trouvé s'il eût survécu [1]. »

Cela étant, la théorie des Cours de Nancy et d'Angers est atteinte dans son principe. Nous verrons tout à l'heure que la conclusion en est par cela même infirmée. Arrêtons-nous auparavant au système présenté par M. Troplong pour l'apprécier aussi dans son principe.

6. Nous le répétons, ce système ne diffère pas, au fond, de celui des Cours de Nancy et d'Angers. A la vérité l'éminent magistrat énonce que les articles 1470 et 1471 du Code Napoléon sont empreints d'un certain caractère de *réalité* qui fait que l'époux, en exerçant le prélevement de ses reprises, agit à

[1] V. *Rev. de dr. franç. et étr.*, loc. cit., p. 676.

titre de *propriétaire* et non comme créancier. Mais il n'entend pas concéder cela d'une manière absolue, sans quoi, rien ne serait plus contradictoire que sa dissertation. Et en effet, tandis que, d'un côté, l'auteur aurait admis que les reprises sont une *charge réelle* de la communauté; d'un autre côté, pour appuyer sa thèse que l'action en reprise est toujours mobilière, il invoque la tradition de l'ancienne jurisprudence française et le témoignage de ceux des anciens auteurs qui voyaient dans le prélèvement des reprises l'exercice d'*un droit personnel!* Tandis que, d'un côté, il aurait reconnu que, dans le système auquel les rédacteurs du Code se sont arrêtés, l'époux, en prélevant ses reprises, agit *à titre de propriétaire;* d'un autre côté, tous ses efforts tendent à prouver que les immeubles acquêts appartenant à la communauté quand même ils ont été achetés avec l'argent du propre, il s'ensuit que l'époux *créancier* de ses reprises n'a droit qu'*au retrait du prix*, et que s'il prélève quelque chose sur les immeubles, ce ne peut être qu'à titre de *dation en payement*, toutes choses qui excluent le droit de propriété et impliquent un simple *droit de créance!* Ainsi l'affirmation relative à la *réalité* du droit, à l'idée de *propriété*, serait incessamment contredite dans un système d'argumentation où tout procède de la *personnalité* du droit, de l'idée de *créance!* Certes on ne peut pas supposer qu'un esprit éminent soit tombé dans une telle contrariété de vues.

La vérité est que le savant magistrat tient, au fond, pour l'idée de créance telle qu'elle dominait dans le premier état de l'ancienne jurisprudence française. Il ne méconnaît pas, il est vrai, la transformation qui s'opérait à la fin de la carrière de Pothier, et il concède même que c'est l'idée transformée qui a été consacrée par les rédacteurs du Code; mais, par une appréciation qui lui est personnelle, et où nous allons trouver le défaut du système, il limite sa concession dans une telle mesure que dans la réalité il n'en reste plus rien. Ceci est évident par les termes mêmes dans lesquels l'auteur produit sa pensée. « La communauté, dit-il en substance [1], est comme un dépositaire des mains duquel on retire, par forme de détraction, la chose qu'il a reçue. La chose que la communauté a reçue, la chose dont elle doit compte, quand le propre de l'un des époux

[1] V. *loc. cit.*, nos 389, 390, 394, etc., etc.

ne se trouve pas en nature, la chose que cet époux a le droit de reprendre *comme propriétaire*, c'est une somme d'argent; car le payement des reprises n'a pas été organisé par le Code à l'instar de certaines coutumes qui voulaient, comme la coutume de Bretagne, que le propre immeuble aliéné fût payé à l'époux en immeuble. Non : l'époux est *propriétaire d'une somme d'argent*; il n'a que cela à reprendre dans la communauté; toute la masse active de la communauté lui sert de garantie, avec cette gradation toutefois, qu'à défaut d'argent comptant, il doit se venger d'abord sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles. Mais le recours sur les meubles d'abord et sur les immeubles ensuite, n'est qu'un mode d'arriver au remboursement *de la seule chose dont l'époux soit propriétaire*, c'est-à-dire *du prix de l'immeuble aliéné.* » Voilà donc tout ce que concède M. Troplong : l'époux qui préalablement au partage, prélève les reprises auxquelles il a droit, agit comme propriétaire, sans doute; propriétaire de quoi? *des biens communs...?* Non; propriétaire seulement de la *somme d'argent*, du *prix*, que l'époux auquel la reprise est due prend comme représentant le propre qu'il a mis et ne retrouve pas dans la communauté. C'est sur cette idée que repose la conclusion de l'éminent magistrat.

Mais, là aussi, là précisément est le défaut du système, et qu'il nous soit permis de le dire, c'est en cela que le système est absolument contraire à la pensée de la loi. Sans nous attacher même à ce point qu'il manque de tous côtés et n'a pas sa raison d'être lorsqu'en fait il n'y a pas d'*argent* dans la masse de la communauté dissoute, reportons-nous à cette opinion moderne dont Pothier annonçait l'avénement dans son *Traité des successions*, consultons ensuite les textes du Code qui se sont inspirés de cette opinion et l'ont consacrée, et voyons si le principe de propriété se restreint dans les limites où M. Troplong prétend le renfermer.

Les reprises, dit Pothier d'après l'opinion moderne qu'il signale, sont regardées comme donnant à celui qui les a *un droit plus fort dans la communauté*, lequel diminue d'autant celui de l'autre conjoint qui n'en a pas de pareille à exercer, et quelles que soient les choses que ces reprises placent dans le lot de l'époux qui les prélève, ces choses sont, au même titre que les bénéfices de communauté, censées *lui avoir appartenu toujours*

par suite de l'effet déclaratif et rétroactif du partage. Qu'est-ce à dire, sinon que l'époux qui prélève ses reprises agit non pas comme *propriétaire d'une somme d'argent* ou du *prix* représentant son propre aliéné, mais comme *copropriétaire, avec son conjoint, de la masse commune ou des biens composant l'entière communauté?*

Et les dispositions du Code, sont-elles écrites dans une autre pensée? Non évidemment. En réglant le partage de la communauté, le Code exige d'abord que l'on compose la masse de tous les biens que la communauté possédait pendant le mariage et qu'on les réunisse tous au moins fictivement. Ensuite il dispose que les époux, la femme d'abord, et après elle le mari, prélèveront leurs biens personnels s'ils existent en nature ou ceux qui ont été acquis en remploi, le prix des immeubles aliénés dont il n'a pas été fait remploi, les indemnités dues par la communauté, en exprimant formellement que les prélèvements seront opérés *sur l'argent comptant, sur le mobilier*, et subsidiairement, *sur les immeubles de la communauté*. Enfin il veut que lorsque les prélèvements sont opérés, *le surplus* se partage par moitié entre les époux et ceux qui les représentent; et puis rappelant les dispositions de l'article 883 sur les effets du partage, il consacre la fiction que chacun des copartageants est censé avoir été toujours propriétaire de ce qu'il a ainsi reçu dans le partage et n'avoir été propriétaire que de ce qu'il a reçu (C. Nap., art. 1468 à 1476). Or quelle est la conséquence à déduire de cet ensemble de dispositions où l'on voit que *des corps certains*, *des biens en nature*, sont délivres aux époux pour les remplir de ce qu'ils ont à prétendre, soit à titre de prélèvements, soit comme bénéfice de communauté, et qui montrent que tout ce qui revient à chacun des époux à ces divers titres lui est attribué *comme copartageant?* Évidemment c'est encore celle que nous déduisions tout à l'heure des termes mêmes dans lesquels se formulait le dernier état de notre ancienne jurisprudence, à savoir : que devant la communauté dissoute et au moment du partage, les époux ont, non pas un droit de propriété restreint à la somme d'argent représentative de leurs propres aliénés, mais une *copropriété de la masse indivise*, un droit dès lors qui porte sur tous et chacun des biens dont cette masse est composée.

Tel est le système de la loi; les restrictions tout à fait

arbitraires que M. Troplong y veut mettre le détruisent dans son principe. En réalité, ces restrictions ne laissent rien subsister de ce droit de propriété qui, du dernier état de l'ancienne jurisprudence, est passé dans la loi actuelle. Ainsi, malgré quelques concessions apparentes qui sont dans les mots et nullement dans les choses, la doctrine de M. Troplong ne diffère pas au fond du système consacré par les Cours de Nancy et d'Angers, de ce système qui fait des prélèvements exercés par les époux sur la masse des biens de la communauté des *créances actives* répétées par voie d'action personnelle. Cette doctrine doit donc être écartée comme celle des Cours de Nancy et d'Angers, et par les mêmes considérations.

7. Et maintenant que les principes rétablis, il reste acquis que, du moins entre eux ou leurs représentants, les époux exercent leurs prélèvements, *à titre de propriété*, sur les biens de la communauté, revenons une fois encore à l'espèce ci-dessus posée pour matérialiser en quelque sorte la conséquence à déduire du principe et arriver ainsi à la solution précise de la question proposée.

Dès que Marie, à laquelle appartient le droit au prélèvement pour la somme de 30,000 francs, doit prendre cette somme dans les *biens communs*, dans la *masse indivise* en sus de ce qu'y prendront les héritiers ou les ayants droit de Pierre; dès qu'elle doit prendre ces 30,000 francs au même titre qu'elle prendra sa part dans les 120,000 francs restant après le prélèvement de ses reprises; en un mot, dès que Marie, en exerçant sa reprise de 30,000 francs, agira, non pas comme simple créancière, mais comme *copartageante*, comme *copropriétaire* ayant un *droit plus fort* dans ce fonds commun de 150,000 francs que ceux qui viennent au partage avec elle (90,000 fr. d'un côté, et 60,000 fr. de l'autre); il n'est plus vrai de dire que le droit de Marie a pour objet une somme d'argent et par suite que ce droit est purement mobilier : la conséquence nécessaire est que la nature de ce droit ne sera connue et ne pourra être déterminée que par l'événement du partage, lequel, par suite de son effet déclaratif et rétroactif, déclarera soit que Marie a été toujours propriétaire d'immeubles, et partant que son droit était immobilier, si elle est remplie de ses reprises en immeubles de la communauté, soit qu'elle n'a jamais été propriétaire

que de meubles ou de valeurs mobilières, et partant que son droit était mobilier, si elle a prélevé des meubles ou de l'argent.

Cette solution qui, on le voit, est celle que sanctionnent les arrêts de la Cour suprême, est la seule qui soit dans la vérité des principes, la seule qui rentre dans l'économie de la loi sur la distinction des biens.

Le législateur moderne, en condamnant l'opinion émise par Lebrun, que la nature mobilière ou immobilière d'un droit est déterminée par la *cause* de ce droit, s'est pleinement rattaché à la doctrine tout opposée de Pothier, suivant lequel « pour juger si un droit est mobilier ou immobilier et s'il doit « en conséquence entrer ou non dans la communauté légale, « on ne considère que la *chose* qui en est l'objet [1].... » Cela résulte de la combinaison des articles 529 et 526 du Code Napoléon. C'est donc la nature de la chose, objet du droit, qui détermine la nature de ce droit. Or quel est l'objet du droit de prélèvement appartenant à un époux à raison d'un propre qu'il a mis et ne retrouve pas dans la communauté? Qu'est-ce que Marie a le droit de reprendre à raison de son propre aliéné, pour 30,000 francs, pendant la durée de la communauté? Ce n'est pas assurément le propre lui-même, puisqu'il a été aliéné et qu'il n'existe plus en nature dans la masse maintenant indivise de la communauté dissoute; *c'est une portion équivalente des choses ou des biens qui se trouvent dans cette masse.* Donc, il faut bien dire que le droit sera mobilier ou immobilier suivant la nature mobilière ou immobilière *des choses ou des biens de la masse* que l'époux recevra ou prélèvera comme équivalent.

Et comment en pourrait-il être autrement? Dans chacune de ses dispositions, et notamment dans les articles 1470, 1471, 1472, la loi précise que c'est sur *la masse soumise au partage, sur les biens de la communauté* que les époux ou leurs héritiers opéreront leurs prélèvements. Ainsi, elle fait de cette masse, de ces biens de la communauté, l'objet même, l'objet direct des prélèvements pour chaque époux, sauf, par rapport à la femme et à ses héritiers, le droit qu'ils ont d'atteindre les biens personnels du mari en cas d'insuffisance de la communauté. Et alors comment ne pas reconnaître que, dans la pensée de la loi, le

[1] *De la communauté*, n^os^ 69 et 77. — V. aussi notre *Traité du contr. de mar.*, n° 823.

droit aux prélèvements est précisément, quant à sa nature mobilière ou immobilière, ce que sont les choses ou les biens sur lesquels il est exercé?

8. Ces prémisses posées, la conclusion s'en déduit tout naturellement. Cette conclusion, bien qu'il s'agisse ici d'un droit de propriété, peut se résumer dans une règle analogue à celle qui est posée pour les créances alternatives. Lorsque deux choses, dit Pothier, sont dues sous une alternative, dont l'une est meuble et l'autre immeuble, la qualité de la créance est en suspens jusqu'au payement; elle est exclue de la communauté, si c'est l'immeuble qui est payé; elle y tombe, si c'est le meuble. Il faut dire de même que celui qui se marie avant d'avoir exercé le droit aux reprises qui lui appartiennent dans une précédente communauté, n'apporte, quant à présent, rien de ce chef dans la communauté nouvelle; car son droit est en suspens ou tout au moins indéterminé quant à sa nature, jusqu'à la liquidation et au partage. Mais l'événement du partage fixe la situation indécise à cet égard jusque-là. Et alors on devra reconnaître que le droit, comme mobilier, est tombé dans la nouvelle communauté, ou que, comme immobilier, il en a été exclu, suivant que celui auquel il appartenait a été couvert de ses reprises en meubles ou en immeubles.

Telle a été la doctrine invariable de la Cour de cassation. Nous en trouvons une application très-notable dans le dernier de ses arrêts, que, par ce motif, nous voulons signaler ici.

Voici l'espèce :

Une communauté s'était formée pendant la durée de laquelle le mari avait aliéné ses immeubles propres et une partie de ceux de sa femme sans qu'il en eût été fait aucun remploi : le prix de ces immeubles avait été versé dans la communauté. Cependant, au cours du mariage, deux immeubles avaient été acquis qui formaient les seuls acquêts de la communauté. — En cet état, mort du mari dont la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire; et puis, comme les biens meubles existant dans la succession ne suffisaient pas pour acquitter les dettes et charges, il intervint un jugement qui ordonna la licitation des deux immeubles, acquêts de la communauté, et renvoya les parties devant notaire pour procéder à la liquidation des successions et communauté. La licitation ordonnée eut lieu, en sorte qu'au

moment de la liquidation et du partage il n'y avait plus d'immeubles dans la masse à partager après le prélèvement des reprises.

Ces prélèvements, dans une telle espèce, pouvaient-ils être de nature immobilière dans une portion quelconque? La question avait un grand intérêt en présence d'une clause du contrat de mariage qui contenait donation au survivant de tous les biens *meubles* que le prédécédé laisserait et de l'usufruit de tous les biens immeubles; elle fut débattue, à la liquidation, entre la femme survivante et les héritiers du mari. La Cour de Nancy, dans l'arrêt même que nous avons apprécié, après avoir posé sa thèse principale que le droit au prélèvement est toujours de nature mobilière comme consistant en un droit de créance, jugea, en outre, par un subsidiaire, que même en admettant que la nature du droit soit déterminée par la nature de l'objet sur lequel il est exercé, il ne pourrait pas, du moins dans l'espèce, être déclaré de nature immobilière puisque les deux seuls immeubles qui avaient dépendu de la communauté n'existaient plus dans la masse au moment du partage, et qu'ainsi les reprises du mari aussi bien que celles de la femme ne pouvaient être exercées que sur de l'argent ou sur des valeurs mobilières.

Mais la Cour de cassation était si profondément imbue des principes par elle posés dans ses premières décisions que, même sur ce dernier point, elle cassa l'arrêt de la Cour de Nancy [1]. Elle donna ainsi gain de cause aux héritiers du mari qui avaient soutenu que les reprises de leur auteur ayant dû s'exercer dans l'ordre légal déterminé par l'article 1471, après celles de la femme, avaient dû nécessairement, au jour de la dissolution de la communauté, se fixer sur les immeubles, le mobilier étant plus qu'absorbé par les reprises de la femme, et, par suite, qu'elles devaient, à cause de leur nature immobilière, rester dans la succession du mari pour la nue propriété.

Quelque grave qu'elle paraisse, cette application spéciale est dans la vérité des principes tels que nous avons essayé de les exposer. Il est certain qu'au jour de la dissolution de la communauté et de l'ouverture de la succession du mari, deux immeubles existaient en nature comme acquêts de la communauté.

[1] V. l'arrêt de cassation déjà cité du 30 mai 1854.

Il est bien vrai qu'au moment du partage, ces immeubles, par l'événement de la licitation qui en avait été opérée, se trouvaient remplacés par leur prix. Mais, ainsi que le dit la Cour de cassation, cette circonstance ne pouvait porter atteinte aux droits respectifs des époux ou de leurs héritiers, *tels qu'ils en avaient été saisis au moment de la dissolution de la communauté.* Il suit de là que, nonobstant la licitation, la masse sur laquelle devaient s'exercer les reprises respectives des époux, se composait de biens meubles et de biens immeubles, et que nonobstant la licitation aussi, elles étaient susceptibles d'avoir soit la nature mobilière, soit la nature immobilière, suivant qu'elles étaient ou devaient être exercées sur l'une ou l'autre classe de biens.

Ceci n'est donc qu'une application spéciale de la règle que la Cour de cassation a prise pour base de ses décisions; et par sa gravité même cette application accuse de plus fort la pensée où est la Cour suprême de maintenir cette règle et d'en assurer l'observation. PAUL PONT.

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. Dollinger, juge suppléant au tribunal de première instance de Mulhouse.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE II.

Des biens qui peuvent faire l'objet de la séparation.

64. *Le droit de séparation s'exerce sur tous les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels qui se trouvent dans les mains de l'héritier, à titre de succession :* l'art. 880 (C. N.) le suppose virtuellement, et cela se déduit au surplus de cette autre disposition du Code qui les répute tous indistinctement le gage commun des créanciers du défunt[2]. C'est là le principe général;

[1] V. t. XIII, p. 140, et le présent tome, p. 31.

[2] C. Nap., art. 2093.

il ne reste plus qu'à le développer et à en faire l'application aux diverses hypothèses qui peuvent se rencontrer le plus fréquemment.

65. D'abord, il résulte des termes mêmes que nous avons employés, que, puisque tous les biens sont grevés du droit de gage au profit des créanciers héréditaires, il n'y a aucune distinction à faire entre les créances du défunt contre les tiers et celles contre l'héritier : car elles font toutes partie des biens de la succession; aussi avons-nous déjà réfuté (n° 53) une opinion qui voudrait éteindre complétement la créance du défunt contre l'héritier, par le seul effet de la saisine, et la soustraire ainsi à la séparation que l'on exercerait à l'égard de cette créance.

Lorsqu'on dit qu'une action qui compétait au défunt, contre d'autres que l'héritier, peut être l'objet de la séparation, il faut entendre cette locution en ce sens que les créanciers qui en revendiquent l'exercice, en vertu de l'article 1166, ne sont pas obligés de partager l'émolument qu'ils en retirent, avec les créanciers propres de l'héritier, et qu'ils peuvent empêcher ces derniers de l'exercer contre le tiers qui en était passible. Ainsi les actions résolutoires, les actions en restitution des choses du défunt détenues par des tiers à titre de louage, prêt, dépôt, etc., sont soumises à ces règles.

65 *bis*. Spécialement en ce qui concerne l'exercice du pacte de rachat, les créanciers pourront faire prononcer la séparation de ce droit, c'est-à-dire exercer le réméré qui faisait évidemment partie de la succession; et cela aussi longtemps que ce droit n'est pas prescrit [1]. Et lorsque le rachat a été exercé par l'héritier lui-même avant que les créanciers en aient revendiqué le bénéfice, celui-ci, s'il a fourni de ses propres deniers la somme nécessaire à cette opération, sera fondé à prélever sur la succession, avant les créanciers, le montant de ce qu'il a déboursé; car il a fait les affaires de la succession, et les créanciers s'enrichiraient infailliblement à ses dépens, s'ils pouvaient empêcher cette reprise. Aussi, en cas de revente de de l'objet, si l'héritier n'a pas pu trouver dans l'argent comptant de la succession de quoi se remplir de ses prétentions, lui donnerons-nous, sur le prix de cette vente, un privilége qui le

[1] C. Nap., art. 1660 et 1662.

fera passer avant les créanciers de la succession, comme ayant fait des frais pour la conservation de la chose [1].

66. Lorsqu'une action appartient au défunt contre l'héritier, les créanciers de la succession réclameront par la séparation le droit d'exercer l'action par préférence aux créanciers personnels de l'héritier; et ils le pourront d'autant mieux que celui-ci qui, ainsi que nous l'avons vu, n'a pas le droit d'opposer aux premiers l'extinction de l'obligation par confusion, opposera toujours avec succès aux seconds ce moyen péremptoire.

67. Cependant la séparation des patrimoines ne saurait être invoquée à l'égard des choses dont les cohéritiers peuvent exiger le rapport en nature à la succesion. D'ailleurs, il ne s'agit plus ici d'une dette de l'héritier envers le défunt, et qui prend naissance antérieurement à l'ouverture de la succession, mais d'une dette envers les cohéritiers, et qui tire son origine de l'acceptation même de cette succession.

Cette question était fortement controversée dans l'ancienne jurisprudence. Lebrun [2], d'Héricourt [3] et Pothier [4] tenaient pour la négative; et cela sur cette raison décisive que le rapport, arrangement entre cohéritiers, n'avait lieu que pour maintenir l'égalité du partage; que les choses données n'étaient réputées biens de la succession, que par une fiction qui n'était pas faite pour les créanciers du défunt, et dont ils ne pouvaient par conséquent se prévaloir. Bourjon [5], au contraire, pensait que le rapport ayant assimilé les biens donnés aux biens de la succession, devait leur en faire partager la condition et les rendre désormais susceptibles de séparation.

L'article 857 du Code a ôté tout intérêt actuel à ce débat : le créancier ne pouvant plus profiter du rapport, ne peut évidemment en faire distraire les biens réunis, en vertu de cette opération, au patrimoine successoral, uniquement dans l'intérêt des cohéritiers. Cependant l'acceptation pure et simple de la part de l'héritier, qui rend inapplicable la disposition de l'article

[1] C. Nap., art. 2104.

[2] *Op. cit.*, n° 28.

[3] *De la vente des immeubles*, ch. XI, sect. 2, n° 43.

[4] *Des succ., loco cit.*

[5] *Droit commun de la Fr.*, 2e part,, *Des success.*, ch. XII, n° 27,

précité et permet par suite aux créanciers de profiter des biens rapportés, ne les fait pas pour cela tomber sous l'empire de la séparation : parce qu'en poursuivant leurs prétentions sur ces biens, les créanciers du défunt manifesteraient par là l'intention de se porter créanciers de l'héritier, d'accepter la personne de ce dernier pour débiteur ; et nous verrons plus loin que cet acte, qualifié *novation* par la loi, entraîne la déchéance du bénéfice de la séparation (nos 74 et suiv.).

L'acceptation bénéficiaire ne dispense pas non plus du rapport; mais comme elle a aussi pour effet de soustraire l'héritier à l'action des créanciers du défunt dont il cesse d'être débiteur personnel, ceux-ci ne pourraient en aucun cas, même s'ils renonçaient à user de la séparation, exiger le rapport au nom de l'héritier. Mais ceci est étranger à notre sujet.

Au contraire, la séparation n'empêchant pas l'héritier qui a accepté purement et simplement, de rester l'obligé des créanciers du défunt, il en résulte cette conséquence que nous avons déjà fait ressortir en examinant le système de Pothier, à savoir que, du moment où les créanciers personnels de l'héritier ont été intégralement payés, les créanciers de la succession, admis à profiter du reliquat disponible sur les biens de ce dernier, pourront exiger le rapport, si cela n'a pas encore eu lieu, ou en profiter : toujours, bien entendu, en s'interdisant désormais d'invoquer la séparation à l'égard de tout bien de la succession qui n'aurait pas encore été discuté.

Ajoutons encore que Lebrun ainsi que Goujet voulaient que, si la donation était postérieure en date à la créance, elle ne dût plus être opposable aux créanciers de la succession, qui étaient alors préférés, sur l'immeuble donné, aux créanciers de l'héritier. Mais le texte précis de l'article 857 ne permet pas cette dérogation aux principes : tout au plus resterait-il à ces créanciers le droit d'attaquer la libéralité comme frauduleuse, suivant les règles enseignées sur l'article 1167.

68. La tâche de l'interprète semble donc être devenue bien facile dans l'application de la séparation aux nouveaux principes consacrés par le Code, en matière de rapport; et cependant nous allons voir que rien n'est moins vrai. Plusieurs auteurs ont proposé des solutions très-contradictoires sur ces points; et le rapport en moins prenant surtout soulève des questions fort délicates qui ont été peu examinées.

Voyons d'abord ce qui concerne le rapport en nature. A cet égard, M. Delvincourt [1] se pose l'espèce suivante :

Un père laisse en mourant trois enfants et 150 000 francs d'actif dans sa succession : il a donné entre-vifs à l'un de ses enfants un immeuble d'une valeur de 30 000 francs; dans le partage qui a lieu ensuite, le fonds tombe dans le lot du donataire; voici alors comment, selon notre auteur, doit s'opérer la liquidation :

Montant de l'actif de la succession.	150 000 f.
Valeur de l'immeuble rapporté.	30 000
Total à partager..	180 000
Dont le tiers, part de chaque successible, est de.	60 000

Maintenant l'héritier donataire, pour être rempli de ses droits, recevra :

1° L'immeuble rapporté, ci..	30 000 f.
2° D'autres biens de la succession pour une valeur de.	30 000
Total égal à sa part.	60,000

A chacun des autres enfants, il sera attribué pour 60,000 fr. de biens pris directement dans l'actif de la masse délaissée par le défunt.

Maintenant, et pour ce qui concerne la poursuite des créanciers, M. Delvincourt veut qu'ils ne puissent exercer leurs actions, et par conséquent aussi la séparation, à l'égard de chaque cohéritier, non plus jusqu'à concurrence des 60 000 fr. dont ils sont pourtant détenteurs en valeurs successorales, mais de 50 000 francs seulement; c'est-à-dire jusqu'à concurrence de l'émolument que l'héritier aurait retiré de la succession, si le rapport n'avait pas eu lieu; en sorte que la séparation ne comprendrait en réalité que

1° Les biens du défunt attribués au cohéritier donataire, pour en faire sa part héréditaire, ci.	30 000 f.
2° La part des autres héritiers si le rapport n'avait pas eu lieu, savoir.	100 000
Au total.	130 000;

alors que la succession vaut 150 000 francs sans les biens rapportés : en tout 20 000 francs qui sont soustraits à la séparа-

[1] *Cours de Code civil*, t. II, p. 173 et s.

tion; de telle sorte que, pour empêcher que les créanciers ne profitent du rapport, M. Delvincourt leur fait éprouver un préjudice dont ils n'auraient pas souffert si le rapport n'avait pas eu lieu, et que le partage n'eût compris que les 150,000 francs dont se composait en définitive la succession : ce qui va contre le vœu et contre le but de la loi.

L'honorable professeur est plus heureux dans une seconde hypothèse qu'il imagine également, et où l'immeuble rapporté, au lieu d'être attribué au cohéritier donataire, tombe dans le lot d'un des deux autres enfants; car il permet aux créanciers de comprendre dans la séparation toute la part que le cohéritier détenteur de l'immeuble rapporté devait avoir dans la succession, abstraction faite du rapport. Ainsi, comme il aurait reçu :

1° L'immeuble rapporté qui vaut.	30 000 f.
2° D'autres biens en valeur égale à	30 000
Total égal à sa part.	60 000;

mais que la succession ne se compose que de 150 000 francs, dont 50 000 pour lui, il ne devra être poursuivi que pour cette somme : ce qui soustrait l'immeuble à l'action des créanciers pour 10 000 francs, c'est-à-dire qu'il serait considéré comme bien successoral pour les deux tiers de sa valeur. Ici il est parfaitement vrai de dire que le rapport ne nuira ni ne profitera aux créanciers, puisqu'ils retrouveront entre les mains de tous les cohéritiers, même de celui qui est détenteur du rapport, une valeur à poursuivre égale à la part héréditaire et à l'émolument qu'ils auraient retiré de la succession, abstraction faite du rapport, et que la créance n'attaque jamais la valeur de ce rapport.

Cette manière de régler les droits respectifs des diverses parties prenantes est très-ingénieuse, et nous ne voyons réellement pas ce qui a empêché l'auteur de l'appliquer à sa première hypothèse. En effet, il nous semble qu'il ne faut pas, pour appliquer l'article 857 et le faire concorder avec le principe de la division des dettes (principe qui ne doit pas fléchir devant la séparation des patrimoines [n° 128]), en se préoccupant ici de l'objet identique du rapport, priver les créanciers d'une partie de leurs droits, sous prétexte que l'immeuble rapporté doit en être affranchi (c'est l'erreur de M. Delvincourt dans sa première espèce); ou, en respectant l'identité, renverser le

principe de la division des dettes, comme le voudrait M. Hureaux [1], qui fait retomber sur les cohéritiers non détenteurs de l'objet rapporté, tout le surplus des prétentions que cet objet a empêché de faire valoir sur les parts et lots où il était compris par le partage.

Tout cela n'offre pas une règle d'équitable distribution. Si l'objet rapporté n'est pas réparti également dans chaque lot, ou même s'il se trouve tout entier dans un seul, son équivalent s'y trouve, lui, réparti également, et c'est à cet équivalent qu'il convient de s'attacher. Le cohéritier, pour ne rien prendre dans l'objet rapporté, ou pour y prendre moins qu'un autre, profite évidemment du rapport, puisque la masse à partager s'en trouve augmentée d'autant, et qu'il prend davantage dans les autres parties de cette masse comprises dans la succession délaissée par le défunt; mais il n'en profite pas dans la même proportion que celle dont M. Hureaux voudrait qu'il fût tenu quant aux dettes. Au contraire, ce surplus dont son lot se trouve augmenté par l'effet du rapport, doit échapper à l'action des créanciers, et le restant seul pourra être soumis à la séparation.

68 *bis*. Toutefois, nous devons le dire, le second procédé de M. Delvincourt, procédé que nous adoptons volontiers pour notre part, ne peut plus être employé lorsque le rapport s'est fait en moins prenant, et il est regrettable qus cet auteur n'ait pas songé à s'expliquer sur cette seconde phase de la question. Pour arriver à la même solution, seule compatible en définitive avec les lois de l'équité, il faut invoquer d'autres principes. Nous conservons l'espèce proposée auparavant.

Le père fait à l'un de ses enfants une donation de 30 000 fr. qui sont dissipés avant l'ouverture de la succession, de telle sorte que le donataire est complétement insolvable ; celui-ci effectue le rapport en moins prenant, c'est-à-dire qu'il reçoit pour être rempli de ses droits :

1° Sa dette envers ses cohéritiers consistant dans le montant de la donation rapportée, soit.	30 000 f.
2° D'autres biens pour une valeur de	30 000
Total égal à sa part.	60 000.

Les autres enfants recevront aussi chacun 60 000 francs puisés en totalité dans l'actif de la succession : or cet actif,

[1] *Op. cit.*, n° 408.

comme on le sait, se compose de 150 000 francs grevés d'un passif d'égale somme. Si l'on oppose aux créanciers la division de ce passif, ils ne pourront jouir d'un recours que jusqu'à concurrence de 50 000 francs contre chaque cohéritier; et comme le donataire n'a touché que 30 000 francs, ils éprouveront de ce côté un préjudice de 20 000 francs.

Pour éviter ce résultat désastreux, on ne pourra plus dire ici, comme plus haut, que l'objet rapporté doive subir pour partie l'action des créanciers : la matière échappe à la poursuite, puisque le rapport s'est résolu en une opération toute négative; on ne pourra pas non plus dire que la séparation *retiendra* la succession et l'empêchera de se répartir entre les ayants droit, avant le désintéressement des créanciers, puisqu'elle se divise de plein droit et en vertu de la même cause, avec la poursuite de ceux-ci; elle n'a donc aucune influence sur cette situation et doit être écartée du débat. Malgré cela, nous n'hésitons pas à dire que les autres cohéritiers devront être tenus en proportion de l'émolument qu'ils ont retiré de la succession, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de 60 000 francs, si le passif divisé monte à cette somme. Car il est bien entendu que s'il était inférieur, il devrait toujours se répartir entre les cohéritiers détenteurs de biens successoraux, sans que jamais l'un d'eux pût être poursuivi pour le tout ou pour une part plus forte que celle de son cohéritier, si d'ailleurs l'actif s'est partagé également entre eux [1]. En effet, le défunt a laissé autant de dettes que de biens, et les mêmes biens doivent répondre des mêmes dettes. S'il n'y avait eu ni donation ni rapport, chaque héritier aurait reçu 50 000 francs dans le partage des biens existants, et lors du décès, ces mêmes créanciers eussent trouvé de quoi être payés intégralement; tandis que par l'événement d'une opération à laquelle ils sont et doivent rester étrangers, et qui par contre ne peut non plus leur nuire jamais, ils se sont trouvés en perte: chose qui ne serait même pas arrivée si le défunt, au lieu de donner à un enfant, avait gratifié un étranger, ou que l'enfant donataire eût renoncé. Et il est impossible de voir dans la donation une intention quelconque de nuire aux créanciers, parce qu'il ne faut pas que leur sort puisse dépendre du caprice d'un

[1] On peut cependant voir une décision contraire dans un passage de M. Duranton (VII, 270), sur lequel nous reviendrons plus loin (n° 128).

successible, dont l'acceptation a été peut-être le fruit d'une collusion honteuse.

A la vérité, toutes ces raisons sont applicables à l'hypothèse du rapport en nature, et l'on pourrait nous demander, à ce propos, pour quel motif nous n'avons pas cru devoir appliquer à celui-ci la décision actuelle, en donnant aux créanciers le droit de poursuivre les héritiers non débiteurs du rapport, jusqu'à concurrence de 60 000 et non de 50 000 francs. Ce motif, le voici : c'est que le rapport de l'immeuble a en réalité accru la quotité de la masse partageable, et que chaque cohéritier a profité également de cette augmentation ; on pouvait donc sans injustice les obliger dans la même proportion. Mais ici, c'est autre chose : il n'y a pas accroissement; les cohéritiers non débiteurs du rapport retiennent une quote-part plus considérable de la succession, plutôt *jure non decrescendi*; et cette inégalité dans la répartition doit produire une inégalité dans la contribution. Au surplus, les créanciers pourraient dire que les biens laissés par le défunt sont dévolus activement, dans la même proportion et aux mêmes personnes, que les dettes; que si on leur oppose la division de ces dernières, il faut aussi subir la division de l'actif; que la dévolution dans une autre proportion ne se fait qu'en vertu de l'existence d'une créance contre les donataires, au profit de ceux des cohéritiers qui n'ont rien reçu entre-vifs, créance donnant lieu à un règlement que les créanciers sont censés ne pas connaître. Ajoutons enfin que la question se trouve décidée dans le même sens par Pothier [1], et même avant lui par Dumoulin, lequel la mentionne comme une exception à la règle qui veut que l'héritier ne soit pas tenu de l'insolvabilité de ses cohéritiers ; et les raisons invoquées par ces deux jurisconsultes, concordent avec celles que nous venons de présenter.

69. Il a été dit en commençant que le droit de séparation s'exerce sur tous les biens qui existent encore dans les mains de l'héritier *à titre de succession*. Cette proposition suppose démontrée cette autre, à savoir que le droit de séparation est détruit par l'aliénation que l'héritier a opérée des biens de la succession. Ce n'est pas ici le lieu d'établir ce point; nous y reviendrons au chapitre suivant (n^os^ 85 et suiv.), et nous détermi-

[1] *Des obligat.*, n° 310.

nerons en même temps la valeur et l'étendue du mot *aliénation*, et les limites dans lesquelles il faut en circonscrire l'influence sur le droit de séparation. Il ne nous reste ici qu'à insister sur cette idée que si, en thèse générale, ce droit est éteint par l'aliénation, il ne l'est jamais d'une manière complète que sur le bien même qui aurait dû en être l'objet, et non point sur les autres valeurs qui, par l'effet d'une subrogation réelle, ont remplacé ce bien dans le patrimoine de la succession, pourvu toutefois qu'ils aient conservé leur individualité, leur identité (si l'on peut s'exprimer ainsi), qui permettra toujours de reconnaître cette substitution. (Voy. encore n° 103.)

Conséquemment, lorsque le prix d'une chose aliénée est encore dû, le droit de séparation se reportera de cette chose sur le prix. On le décidait déjà ainsi anciennement, comme on peut le voir dans Voët et dans Brunnemann [1]; et aujourd'hui, que, dans l'article 747, la loi fait l'application de la même subrogation au profit de l'ascendant qui reprend dans la succession du défunt donataire les choses qu'il a données entre-vifs (c'est-à-dire en réalité dans une hypothèse où le vœu principal de la loi est de restituer autant que possible le bien en nature), il est à plus forte raison permis de décider de même quand il s'agit de personnes qui ne peuvent avoir droit, en définitive, qu'au prix et jamais au bien. Nous ajouterons que l'on peut considérer la succession comme créancière du prix, et que l'action en payement est une chose incorporelle qui doit tomber sous la séparation, en vertu des principes développés plus haut.

Toutefois il ne faut pas oublier que le prix doit être encore dû; car s'il avait été payé, même à l'héritier, la confusion qui s'en est irrévocablement opérée avec les biens propres de ce dernier, paralyserait tout recours des créanciers; à ce point qu'on a jugé que, lors même que les créanciers de l'héritier eussent contraint l'acquéreur à payer une seconde fois dans le cas où la chose serait possible, les créanciers du défunt ne seraient plus fondés à intervenir dans l'ordre, pour y faire valoir leur préférence sur ce prix [1].

[1] Voët, *ad Pand.*, *h. t.*, n° 4; Brunnemann, *in L.* 2, D., *De separ.*

[1] Paris, 29 août 1811, arrêt confirmé en cassation le 27 juillet 1813 (Sir., *Coll nouv*, 4, I, 407). — V. sur cette question plusieurs espèces dans les arrêts suivants : Cass., 16 et 25 juillet 1828 (S., *Coll. nouv.*, 9, I, 119 et 133).

70. La décision laisse encore moins de doute en cas d'échange, où la subrogation fait substituer le plus souvent à l'objet aliéné un objet de même nature. Lebrun [1], qui a examiné cette question avec assez d'attention, prétend qu'on doit laisser aux créanciers de la succession le choix d'exercer, suivant leur intérêt, leur droit de préférence, ou sur l'immeuble échangé, ou sur l'immeuble donné en contre-échange et entré dans le patrimoine de la succession ; et la raison qu'il donne pour légitimer ainsi ce droit de suite sur un immeuble qui n'en fait plus partie, est difficile à faire concorder avec ses principes ordinaires en matière de vente [2], puisqu'il semble reconnaître, au profit des créanciers, un droit réel, une hypothèque sur tout immeuble héréditaire, et que l'aliénation n'a pu éteindre. Cette manière de voir ne peut être adoptée dans la théorie de la séparation telle que nous la comprenons, pas plus au reste qu'elle n'aurait dû l'être dans celle de Lebrun, qui ne réputait jamais les créanciers du défunt hypothécaires par le seul fait du décès de leur débiteur.

Il faut donc dire aujourd'hui que ces derniers n'ont point d'action sur le bien échangé, mais qu'ils en auront certainement sur le bien que l'échangiste lui a fait subroger et qui prend complétement la place de l'autre : non pas, comme dit M. Grenier [3], parce qu'au cas où la succession serait évincée de la chose, la propriété de l'immeuble aliéné pourrait être retirée au coéchangiste (car cette raison n'est point une preuve de l'identification de l'objet, et il ne se produit qu'une résolution du contrat, en vertu de l'article 1184, laquelle remet les parties dans le même état qu'auparavant), mais parce qu'il se produit là une subrogation aussi complète qu'en matière de vente : chaque chose échangée est à la fois et le prix et l'objet d'une double vente réciproque entre les deux parties [4]. M. Hureaux [5] nous objecte que l'héritier pourrait facilement, en échangeant un objet de grande valeur contre un autre de valeur bien moindre, frustrer les créanciers du défunt, et que les subrogations, du reste très-rares dans notre droit, ne doivent jamais nuire

[1] *Op. cit.*, n° 29.
[2] *Ibid.*, n° 25.
[3] *Traité des hypothèques*, t. I, n° 429.
[4] L. 1, D., *De contrah. empt.*
[5] *Op. cit.*, n° 331.

aux tiers. Mais à son premier argument nous répondrons qu'il reste la ressource de l'article 1167, et que si elle fait défaut, le même inconvénient se présentera dans les ventes faites à vil prix ou à prix dissimulé ; et quant à la seconde proposition, nous ne connaisons aucun texte de loi qui puisse être présenté pour sa justification.

Dans une espèce qui s'est présentée assez récemment, la Cour de Nîmes a, en conformité de ces principes, décidé que la séparation pouvait affecter l'immeuble livré en contre-échange [1].

71. La séparation s'étend-elle également aux fruits naturels et civils produits par la chose qui peut en faire l'objet ? Selon M. Grenier [2], les créanciers ne peuvent profiter des fruits échus avant la séparation, parce qu'ils « ont été la propriété exclusive « de l'héritier, et se sont, dès l'instant même qu'ils ont été per- « çus, confondus dans les biens personnels ; ces fruits d'ail- « leurs n'ont jamais fait partie du patrimoine du défunt, n'étant « échus que depuis l'ouverture de la succession ; » et il cite à l'appui un arrêt du parlement de Paris, rapporté par Brillon [3]. Mais son dernier argument ne justifie évidemment pas la distinction qu'il prétend établir entre les fruits perçus avant ou après la *demande* en séparation ; c'est d'ailleurs une idée qui pouvait être vraie à Rome, dans un système attribuant aux créanciers la possession de la succession par suite d'un décret du préteur, et où cette constitution de gage devait faire changer le sort des fruits échus au moins depuis le décret : elle est incompatible avec le système actuel qui ne reconnaît ni demande ni jugement de séparation (n° 106).

Lebrun [4] avait sainement appliqué les principes de cette matière, lorsqu'il disait que le créancier de l'héritier qui saisit le premier les loyers d'une maison faisant partie de la succession, est primé par la saisie faite postérieurement à la requête d'un créancier du défunt, quoique les loyers soient échus depuis le décès et qu'il n'y ait point eu de *demande* en séparation. Mais il avait tort de donner pour raison décisive que les fruits de la succession sont affectés aux dettes du défunt comme la chose frugifère elle-même ; et cette proposition qu'il ne justifiait d'ailleurs

[1] Nîmes, 21 juillet 1852 (S., 1853, II, 701).
[2] *Traité des hypoth.*, II, 436.
[3] *Dictionn. des arr.*, v° Séparat., n° 4.
[4] *Op. cit.*, n° 24.

pas, n'était plus qu'une pétition de principes. MM. Dufresne [1], Aubry et Rau [2] appliquent à la solution de cette question la maxime *fructus augent hæreditatem*, et cela parce que suivant eux l'héritier ne peut profiter des biens de la succession, n'étant pas possesseur de bonne foi; et comme cette succession est devenue, par l'effet de la séparation comme par celui du bénéfice d'inventaire, un être juridique qui représente le défunt, et dont les droits doivent être absolument les mêmes et doivent être exercés sur ses biens de la même manière que si le *de cujus* n'avait jamais cessé d'exister, il percevra les fruits au fur et à mesure qu'ils seront produits pour le compte de la succession et des créanciers auxquels elle appartient.

Cette assimilation de la séparation au bénéfice d'inventaire est complétement inexacte en ce point, et nous devons la repousser de toutes nos forces : car si le bénéfice d'inventaire frappe la succession en bloc, la séparation, au contraire, procède par individualité dans les personnes comme dans les choses, et n'affecte que un à un au privilége les biens dont elle se compose. Pour nous la question se réduit à ceci : l'héritier est-il oui ou non libre de ses droits? a-t-il, oui ou non, la faculté d'en disposer selon son bon plaisir? Les développements que nous donnerons par la suite montreront bien quelle est la réponse à faire; nos adversaires sont d'ailleurs sur ces points d'accord avec nous. Or le propriétaire d'une chose a le droit de percevoir les fruits qui n'en sont que l'accessoire [3] : c'est par suite comme propriétaire et non comme possesseur que l'héritier peut les retenir; dès lors la question de mauvaise foi devient sans intérêt. Il peut donc évidemment disposer de ces fruits, et la séparation qu'on lui opposera n'aura pas plus l'effet de le priver de cette perception, que de saisir-arrêter les sommes de la succession qui lui sont dues par des tiers et qu'il aurait touchées.

La perception l'ayant rendu propriétaire des fruits, ceux-ci deviennent le gage commun de ses créanciers personnels, et doivent être soumis au même régime que ses autres biens propres, quant à la distribution entre les ayants droit. Toutefois nous excepterons de cette règle : 1° les fruits des biens loués ou

[1] *Op. cit.*, n° 118.
[2] *Op. cit.*, § 618, et note 18.
[3] C. Nap., art. 547.

affermés par le défunt à des tiers qui les occupent ou exploitent : car ils forment une créance de la succession et rentrent sous le régime commun de tous les biens héréditaires, que cette dette fût due soit en vertu d'une prestation unique, soit en vertu de prestations périodiques [1]; 2° les fruits immobilisés par la transcription de la saisie réelle qui frappe les immeubles du défunt [2] : le débiteur se trouve ici privé de l'administration de ses biens, et les fruits sont, pour ainsi dire, réalisés comme les autres immeubles sous le coup de la saisie.

F. DOLLINGER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE L'IMPOT DES PATENTES EN DROIT ROMAIN.

Par M. SERRIGNY, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Ce titre est de nature à soulever le doute dans l'esprit de plus d'un romaniste. Il arrivera sans doute à plus d'un lecteur de se poser la question que m'adressait un jurisconsulte en m'entendant parler de l'impôt des patentes sous l'empire romain : « Est-ce qu'il y avait un impôt des patentes chez les Romains? » —Pour toute réponse, je me bornai à lui lire les pages suivantes : en ajoutant que l'on trouvait dans les Codes Théodosien et Justinien beaucoup d'autres institutions que l'on croyait inventées de nos jours, et que je me propose d'en faire sortir prochainement.

Il a existé, sous l'empire, un impôt appelé *lustratis collatio*, parfaitement analogue à notre impôt des patentes. Sa dénomination venait de ce que cet impôt qui, autrefois, était payable chaque année, n'était devenu exigible que tous les cinq ans, ou chaque lustre [3]. On le désignait aussi sous le nom de *chrysargyrum*, et il était extrêmement impopulaire [4].

[1] C'est le cas prévu par Lebrun dans le passage ci-dessus indiqué.

[2] C. proc., art. 682 et suiv.

[3] V J. Godefroy, *ad L.* 1, Cod. Th., *De lustrali conl.*, t. V, p. 4, col. 1, édit. Ritter.

[4] « Jam vero dicamus etiam malum illud, quod reliqua cuncta longe

C'était un impôt établi sur les commerçants [1]. Il portait, en principe, sur toute personne exerçant une profession mercantile [2]. Notre législation actuelle va plus loin dans son texte; elle assujettit à l'impôt les patentes toute *profession*, sans exiger qu'elle soit mercantile [3].

On donnait à l'expression de *mercatores* ou de *negotiatores* une grande étendue, et l'on y comprenait les personnes de toutes conditions, lorsqu'elles faisaient un négoce quelconque [4], tels que les employés attachés à la maison du prince [5], les décurions [6], les ecclésiastiques et les clercs [7], comme aussi celles qui exerçaient les professions mercantiles les plus humbles, tels que les porteurs [8], le savetier qui n'avait d'autre bien que son tranchet [9], les prostituées (*meretrices*) et ceux qui les exploitaient. Suétone prétend que ce fut Caligula qui, le premier, y assujettit ces deux dernières professions [10]. Les empereurs subséquents les y maintinrent. Seulement Alexandre Sévère ne voulut pas que le produit de la taxe imposée sur les prostituées et les *lenones* entrât dans le trésor public; il en affecta le produit aux constructions ou réparations des théâtres, des cirques et des amphithéâtres [11]. Evagre dit que les mendiants et ceux

superat. Id autem ut tributum intolerabile, *chrysargyrum* scilicet, quo fit ut singula quinquennalia, quoties jam proxima sunt, terrorem animis injiciant. » Libanius, in *Oratione contra Florentinum*, p. 427.

[1] Cod. Th., LL. 6, 7, 9, 11, *De lustrali conlat.*

[2] « Negotiatores omnes protinus convenit aurum argentumque præbere. » Cod. Th., L. 1, *h. t.*

[3] « Tout individu, français ou étranger, qui exerce en France un commerce, une industrie, *une profession*, non compris dans les exceptions « déterminées par la présente loi, est assujetti à la contribution des patentes. » L. 25 avril 1844, art. 1.

[4] « Potiorum homines vel potiores ipsi, si tamen his mercandi cura est. » Cod. Th., L. 5, *h. t.*

[5] D., L. 5, et L. ult., *h. t.*

[6] L. 4, *h. t.*

[7] LL. 1, 5, 16, *h. t.*

[8] « Geruli, bajuli. Ex gerulorum diurnis quæstibus pars octava. » Sueton., *Caligul.*, c. 40.

[9] « Nec immunis ab hoc malo sutor, quos quidem ego sæpius vidi, sculpro ad cœlum sublato, jurantes in eo sua omnia reposita esse. » Libanius, *loc. cit.*

[10] Suet., *Calig.*, 40.

[11] « Lenonum vectigal et meretricum et exoletorum in sacrum ærarium inferri vetuit; sed sumptibus publicis ad instaurationem theatri, circi, amphitheatri et ærarii deputavit. » Lamprid., *in Alex. Severo*, c. 24.

qui fréquentaient les lieux de débauche (*scortatores*) étaient soumis à cet impôt [1]. Voilà ce qu'était devenu dans l'application le principe qui établissait une taxe sur les professions commerciales.

Il y avait en droit romain, comme il y a chez nous, des conditions ou professions exemptées; c'étaient :

1° Les laboureurs et les colons, s'ils se bornaient à vendre les produits de leurs récoltes [2];

2° Les peintres, se bornant à vendre les produits de leur art [3];

3° Ceux qui gagnaient péniblement leur vie par des travaux manuels, tels que les potiers et les ouvriers [4];

4° Ceux qui faisaient métier d'ensevelir et d'enterrer les morts [5];

5° Les clercs, qui exerçaient un négoce uniquement pour se procurer l'existence [6];

6° Les vétérans, pouvu que leur commerce ne dépassât point une somme déterminée [7];

7° Ceux qui étaient attachés à la corporation des mariniers (chargés de l'approvisionnement de Rome), pourvu qu'ils ne servissent pas de prête-noms à d'autres négociants [8];

8° Enfin les cités, considées *ut universitates*, en étaient exemptes, quoique les curiales qui faisaient le commerce y fussent assujettis en leur nom propre et individuel [9].

[1] Evagrius, lib. III, c. 39, 40, 41.

[2] « Exceptis his duntaxat qui innocenti industria fructus domesticos suis possessionibus innatos simpliciter vendunt. » Cod. Th., L. 12, *h. t.* — LL. 3, 6, 13, *eod. tit.* — « Ne sont pas assujettis à la patente : — 4° Les « laboureurs et cultivateurs seulement pour la vente et la manipulation des « récoltes et fruits provenant des terrains qui leur appartiennent ou par eux « exploités. » Loi du 25 avril 1844, art. 13.

[3] « Picturæ professores..... ad negotiatorum collationem non devocari, si « modo ea in mercibus habeant quæ sunt propria artis ipsorum. » Cod. Th., L. ult., *De excusat. artific.* — « Les peintres, sculpteurs, graveurs et dessi- « nateurs considérés comme artistes, et ne vendant que le produit de leur « art. » Dit art. 13.

[4] « Si qui manu victum rimantur aut tolerant (tiguli scilicet aut fabri). » Cod. Th., L. 10, *h. t.* — « Ainsi que les ouvriers travaillant chez eux ou « chez les particuliers. » Dite loi 1844, art 13.

[5] « Qui *copiatæ* appellantur. » Cod. Th., L. 1, *h. t.*

[6] « Clerici alimoniæ causâ negotiationem exercentes. » Cod. Th., LL. 8 et 15, *De episcopis.*

[7] Cod. Th., LL. 2, 7, 9, 14, *h. t.* — L. 3, *De veteranis.*

[8] Cod. Th., LL. 16 et 23, *De naviculat.*

[9] Cod. Th., L. 4, *h. t.*

Les exemptions ne devaient pas être étendues : car les faveurs accordées à quelques-uns tournent au détriment de la masse du public [1], maxime excellente, rarement observée sous les gouvernements despotiques.

Pour l'assiette de l'impôt, il y avait une matrice, *matricula* [2], sur laquelle on inscrivait les contribuables [3]. La répartition n'en était pas faite par les décurions, comme cela se pratiquait pour les impôts directs ordinaires, mais par les commerçants eux-mêmes ou leurs délégués, d'après la règle générale admise en matière de contributions : — qu'il est juste qu'elles soient réparties par ceux qui doivent les payer [4]. — A cet effet, les commerçants de chaque cit choisissaient des syndics chargés d'asseoir et de percevoir l'impôt d'après les bases fixées, et sans que le contingent communal éprouvât de diminution [5]. On voit par là que cet impôt était de répartition et non de quotité, quoique chez nous on ait prétendu que ce caractère ne pouvait être commodément attribué à l'impôt des patentes.

Il existait un tarif pour la taxe afférente à chaque profession. Jacq. Godefroy conjecture, d'après un passage corrompu d'une constitution de 369 [6], que le taux était du 50e ou 2 pour 100. On ne voit pas si c'était le capital engagé dans la profession ou les bénéfices provenant du commerce qui servaient de principal pour en déduire l'impôt. Je conjecture que ce devaient être les bénéfices présumés, car beaucoup de professions imposables ne supposaient point de capitaux imposés. Du reste, je ne doute pas que le tarif n'ait varié, comme cela se voit en tout temps pour la taxe des impôts, surtout sous les gouvernements arbitraires.

L'extrême impopularité de cet impôt se fit abolir par Anas-

[1] « Beneficium enim quibusdam datum plebis injuria est. » Cod. Th., L. 9, *De lustral. conl.*

[2] « Nomina negotiatorum *matricula* comprehendit eo tempore quo conlatio celebrata est. » Cod. Th., L. 15, *De episcop.*

[3] « Inter negociatores describi. » Cod. Th., L. 4, *De lustral. conl.*

[4] Cum ad eos soleat distributionis cura recurrere, quos necessitas conlationis adstringit. » L. 17, *h. t.*

[5] Sciant de corpore suo, sicut in omnibus ferè civitatibus, mancipes eligere, absque ulla ærarii nostri deminutione. » Dict. L. 17.

[6] *Unius vaginæ pretium*, L. 7, *h. t.*, « que Godefroy restitue ainsi : *Vagenæ*, id est *quinquagenæ*, vel *undenæ*, id est *quindenæ* : illud malim. V. *Ad dict. leg.*

tase en 501, comme *vectigal miserabile prorsus, deoque invisum, et Barbaris ipsis indignum* [1]. Voilà pourquoi il ne figure plus dans le Code Justinien que sous la rubrique du titre 1^er^, livre XII [2]. SERRIGNY.

DU JURY.

DE LA POSITION DES QUESTIONS AU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Par M. Th. Bazot,
docteur en droit, substitut du procureur impérial à Angoulême.

QUATRIÈME ARTICLE [3].

En établissant le droit du président des assises, nous avons aussi prouvé celui du ministère public. Il ne faut pas dire, ainsi que l'ont fait certains auteurs, que le ministère public était pour l'accusé un défenseur d'office et qu'il doit être admis à le défendre contre lui-même. C'était de toutes les raisons choisir la plus mauvaise : si le ministère public est un défenseur d'office, que sera donc l'avocat chargé d'assister l'accusé? En demandant la position d'une question d'excuse, le ministère public est dans son rôle ordinaire, il défend, non l'accusé, mais la société, il veut empêcher la défaillance d'une accusation modifiée par les débats, qui périra si on lui maintient un caractère rigoureux qu'elle a perdu. Son droit se fonde, non sur l'article 339, mais sur l'article 338. Ce dernier texte est interprété largement par la jurisprudence, et cette interprétation est aussi juridique que raisonnable : le président des assises, le ministère public, l'accusé ont le droit, l'un de présenter, les autres de demander que l'accusation soit présentée *telle que les débats l'ont faite.* S'agit-il de faits modificatifs autres que les excuses, tous ont le même droit; s'agit-il des excuses, l'accusé a des franchises particulières, et tel est l'objet spécial de l'ar-

[1] Evagrius, lib. III, c. 39, 40 et 41.
[2] *De navicullariis..... et de tollenda lustralis auri collatione.*
[3] V. tome XVIII, page 438.

ticle 339. Il suffit qu'il invoque un fait d'excuse, justifié ou non par les débats, pour qu'une question spéciale soit posée, tandis que le président des assises et le ministère public restent dans les liens de l'article 338. Mais il ne faut pas conférer à l'accusé des avantages exorbitants, il ne faut pas surtout favoriser un calcul qui aurait pour résultat d'assurer son impunité. En vain repoussera-t-il la position d'une question d'excuse qui donne au fait son véritable caractère, pour vouloir maintenir contre lui-même une accusation désormais détruite; en vain cherchera-t-il un acquittement immérité en plaçant les jurés dans la nécessité d'une condamnation impossible. Le président des assises, le ministère public doivent être admis à rétablir les choses sous leur véritable jour. Que peut donc honnêtement objecter l'accusé? En quoi sa défense sera-t-elle entravée? ne pourra-t-il pas de même plaider qu'il est innocent? ne donne-t-on pas au jury le moyen de le déclarer? Mais si la vérité n'est ni dans une culpabilité absolue ni dans une innocence complète, si les débats fournissent à cet égard des indications précises, pourquoi, en refusant au jury le moyen de dire sa véritable impression, le placer dans une alternative qui lui répugne également?

M. Morin, dans son *Répertoire*, v° *Excuses*, semble enseigner cette règle que la Cour d'assises, en matière d'excuses, n'a jamais que le droit d'apprécier leur caractère légal sans avoir celui d'apprécier si elles résultent ou non des débats. Cette raison est une de celles par lesquelles il dénie au ministère public le droit de requérir la position d'une question d'excuse *malgré l'accusé*. Je ne saurais approuver cette doctrine qui, à mon avis, est fondée sur une interprétation inexacte de l'article 339. Cette disposition a, je ne puis trop le répéter, une portée toute spéciale : elle refuse à la Cour d'assises le droit d'apprécier l'opportunité de la position d'une question d'excuse, *lorsque la demande émane de l'accusé*; il suffit que celui-ci croie y trouver un moyen de défense pour que ce moyen, s'il est légal, soit immédiatement accueilli. Mais l'article 339 ne dit rien de plus.

L'opinion de M. Morin, du reste, se réfute par d'autres conséquences admises par le même auteur : le savant criminaliste enseigne que le président des assises peut poser d'office une question d'excuse et le ministère public la requérir, *lorsque*

l'accusé garde le silence. Or comprendrait-on que le ministère public et le président prissent cette initiative, s'ils n'y étaient provoqués par la tournure des débats? Si la régularité de cette question était indépendante des débats, si elle pouvait être posée et requise par tout le monde en tout état de cause, la Cour d'assises ne pourrait jamais la repousser, et sans doute le refus qu'elle ferait de la poser entraînerait la nullité de la procédure; mais alors ne s'aperçoit-on pas que pour justifier une exagération on tombe dans une autre, et qu'on confère au président des assises et au ministère public des priviléges qui n'appartiennent qu'à l'accusé? C'est à tort que M. Morin invoque comme conforme à son opinion un arrêt de cassation du 16 mars 1844, car cet arrêt décide que, le ministère public requérant la position d'une question d'excuse malgré l'accusé, la Cour d'assises a pu la rejeter en se fondant sur ce que *les circonstances des faits du procès n'en indiquaient ni la nécessité ni l'opportunité*. Si la Cour de cassation avait admis la thèse de M. Morin, elle aurait repoussé la demande du ministère public en se fondant uniquement sur l'opposition de l'accusé et les termes exprès de l'article 339; elle n'aurait pas cherché dans les débats un motif de décider, puisque cette circonstance est prétendue indifférente.

Ainsi, et pour résumer ce point, l'accusé peut proposer un fait d'excuse, et, si ce fait est admis comme tel par la loi, la Cour d'assises doit, à peine de nullité, poser une question spéciale, quelle que soit la signification des débats; le président des assises et le ministère public peuvent aussi, l'un proposer d'office, l'autre requérir la position d'une question d'excuse, mais tous les deux à une condition : c'est que cette question surgira des débats. Peu importe la résistance de l'accusé, la Cour d'assises sera juge de l'opportunité, et quel que soit le parti auquel elle s'arrête, qu'elle admette ou qu'elle rejette la question, pourvu qu'elle motive cette décision sur les débats, la procédure sera inattaquable.

L'article 340 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Si l'accusé a moins de seize ans, le président posera, à peine de nullité, cette question : L'accusé a-t-il agi avec discernement. »

On a demandé à qui il appartenait de prononcer sur l'âge de l'accusé : est-ce à la Cour, est-ce au jury? La jurisprudence et

les auteurs sont divisés sur ce point : la Cour de cassation qui, en 1821 et en 1836, avait consacré la compétence exclusive de la Cour d'assises, s'est, dans des arrêts plus récents, décidée pour la compétence du jury. (V. Cass., 4 mai 1839, 20 avril 1837, 26 septembre 1846, 26 septembre 1850.)

Ce revirement de la jurisprudence ne me semble pas heureux, et je crois que la Cour de cassation avait dans l'origine émis les véritables principes. On n'a pas assez remarqué les termes conditionnels de l'article 840 : la question de discernement ne doit être posée *qu'autant que l'accusé a moins de seize ans*. C'est là un point préalable, de même qu'en matière d'excuse la question de savoir si le fait proposé est admis comme excuse par la loi ; dans l'un et l'autre cas cette appréciation préliminaire appartient à la Cour d'assises.

L'argument du texte me paraît décisif, et voici comment je raisonne :

Si l'accusé a moins de seize ans, le président des assises posera cette question ; l'accusé a-t-il agi avec discernement? Indè, *si l'accusé a plus de seize ans*, la question de discernement ne devra pas être posée. Mais cette conclusion, si logique qu'elle soit, est impossible dans l'opinion que je combats : en effet, si le jury est le seul juge de l'âge de l'accusé, comme il ne peut pas rendre de verdict préalable, il faudra nécessairement et toujours poser deux questions : 1° l'accusé a-t-il moins de seize ans? a-t-il agi avec discernement? Objectera-t-on que cette double question ne devra être posée qu'autant qu'il y aura des doutes sérieux sur l'âge de l'accusé, provenant soit du défaut d'acte de naissance, soit des omissions ou irrégularités de l'acte de naissance lui-même, soit de la contradiction opposée par l'accusé? Je réponds d'abord : qui donc appréciera ces doutes? La Cour? Mais alors n'est-ce pas arriver indirectement au même résultat? J'ajoute ensuite que cette concession même démontre qu'ici l'appréciation de l'âge n'appartient pas au jury : en effet, lorsque cette circonstance est vraiment de sa compétence, lorsque par exemple il s'agit d'un attentat à la pudeur commis sur une personne de moins de onze ans, peu importe l'authenticité de l'acte de naissance, la certitude qui s'attache à cette constatation, la question doit *toujours* être soumise au jury.

L'article 340 est plus expressif encore : *si l'accusé a moins*

de seize ans, le président des assises posera à peine de nullité..... C'est donc une obligation conditionnelle imposée au président des assises ; il doit poser la question de discernement *si l'accusé a moins de seize ans;* mais alors au moment où ce magistrat arrêtera la rédaction définitive des questions, il faut nécessairement qu'il soit fixé sur ce point préalable, puisque la régularité de la procédure en dépend ; comment le sera-t-il? par son appréciation personnelle lorsqu'il n'y aura pas de contestation, par l'arrêt de la Cour d'assises en cas de difficulté soulevée.

S'il y a utilité pour l'accusé à ce que la question de discernement soit posée, il peut y avoir des inconvénients, au point de vue de la poursuite, à ce que la question intentionnelle soit ainsi affaiblie par une question subsidiaire; il importe donc que cette question ne soit pas posée hors des cas déterminés par la loi. Le législateur, dans l'intérêt respectif de la société et de l'accusé, a fixé des règles et des conditions : la Cour d'assises seule peut être chargée de maintenir leur observation. Ne serait-il pas bizarre et anormal que le jury fût appelé à décider si telle ou telle question lui serait posée? Or, dans l'espèce, il ne déciderait pas autre chose.

L'article 340 contient, à mon sens, entre la Cour d'assises et le jury un partage d'attributions : à la Cour il appartient de juger si la question de discernement sera posée, au jury d'apprécier si l'accusé a agi avec discernement.

SECTION II.

De la forme des questions.

§ 1.—*Forme extrinsèque.*

Le Code d'instruction criminelle ne contient presque rien sur la contexture matérielle des questions; cependant, soit des expressions littérales de la loi, soit de son sens implicite, on peut induire quelques règles :

Les questions doivent être écrites, mais il n'est pas nécessaire que ce soit de la main du président des assises (art. 341).

La formule prescrite par l'article 337 n'est pas sacramentelle, ni l'ordre qu'il indique obligatoire ; le président peut se servir des termes équipollents et adopter, pour les questions, une classification différente de celle du résumé de l'acte d'accusation (art. 337).

La jurisprudence décide qu'il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, que les questions soient signées du président des assises. On pourrait soutenir que cette obligation résulte implicitement des articles 336 et 341 combinés et par analogie de l'article 372. La Cour de cassation belge admet l'impérieuse nécessité de la signature du président, ainsi que cela résulte des arrêts cités par M. Anspach. Quelle que soit la valeur de la jurisprudence française sur ce point, il est juste de remarquer avec le même auteur qu'il y a inconséquence à exiger indispensablement cette signature pour un *interligne* en soutenant que le corps de l'acte n'en a pas besoin. (V. Cass., 29 mars 1845, 26 janvier 1847.)

Les questions posés par le président peuvent être rédigées à l'avance. M. Cubain, tout en admettant ce point, enseigne qu'il n'en est pas de même pour les questions résultant des débats, et que l'accusé trouverait dans cette rédaction arrêtée à l'avance un moyen de nullité. Ce rigorisme est inacceptable : qu'y a-t-il donc à objecter lorsque la prévision du président des assises a rencontré juste ?

Du reste, sur tous ces points, l'expérience a introduit des usages qui valent mieux que toutes les indications doctrinales.

§ 2. — *Forme intrinsèque.*

J'ouvre ce paragraphe par un renvoi à des règles précédemment établies : quelle que soit la formule adoptée par le président des assises, il faut qu'elle soit telle qu'elle purge l'accusation entière, qu'elle tienne compte des changements survenus aux débats, telle enfin qu'elle ne soumette aux jurés que des questions de fait et de moralité. Ces principes ont été enseignés, les uns dans cette dissertation même, les autres dans une dissertation précédente *loco citato*.

Dans ce paragraphe je m'occuperai exclusivement de la division des questions et du vice de complexité auquel cette division a pour but de remédier.

M. Dalloz, dans son *Répertoire*, v° *Instruction criminelle*, s'exprime ainsi : « Le but que la loi doit atteindre dans les « dispositions relatives aux questions à soumettre au jury, « c'est que les jurés soient mis à même, par des interrogations « claires, précises et complètes, de s'expliquer sans ambiguïté, « sans aucune incertitude, sur toutes les parties de l'accusation.

« Dans cette voie le législateur marche entre deux écueils : dans « la crainte de laisser échapper aucun des éléments de la cul- « pabilité, ou de voir naître dans l'esprit des jurés une confu- « sion qui les empêche, soit de bien comprendre ce qu'on leur « demande, soit de bien traduire toute leur pensée par leur « déclaration, il peut multiplier à l'excès les questions, en sub- « diviser à l'infini les éléments, et faire le chaos là où il pensait « porter la lumière ; il peut aussi, en descendant sur une pente « contraire, grouper les questions par masses trop considéra- « bles, y comprendre des idées qui demanderaient à être « séparées, et exposer les jurés à des sévérités extrêmes ou à « des dénis de justice par l'impossibilité d'exprimer leur pen- « sée tout entière. »

Ce passage substantiel, en indiquant le but que doit se proposer le législateur, montre comment il peut être compromis par deux méthodes absolues et contraires. Cette vérité, philosophiquement établie par M. Dalloz, ressort plus éclatante encore de la comparaison des diverses législations qui se sont succédé. Il serait fort intéressant d'étudier, dans tous leurs détails, l'économie des législations antérieures, mais l'espace me manque, et je dois ici me borner à quelques traits essentiels.

Le Code de 1791 avait abandonné la rédaction des questions au pouvoir discrétionnaire du président des assises.

Le Code du 3 brumaire an IV proscrivait les questions complexes, et, poussant à cet égard les précautions jusqu'aux dernières limites, il voulait que chaque question ne présentât à l'esprit des jurés qu'une idée simple, unique, indépendante de toute autre. Chaque accusation devait, dans ce but, être soigneusement analysée et décomposée dans tous ses éléments. Cette méthode offrait des inconvénients que l'expérience ne tarda pas à signaler : l'attention des jurés, disséminée sur des points divers, était impuissante à ressaisir l'ensemble et le caractère de l'accusation.

Le Code d'instruction criminelle, en évitant cet excès, tomba dans un plus grave. Tous les éléments de l'accusation rapprochés dans une question unique devaient présenter aux jurés l'ensemble des circonstances constitutives et aggravantes. Les faits d'excuse, le discernement dans un cas particulier, peut-être les circonstances résultant des débats, devaient faire l'objet

de questions séparées. Cette innovation n'était pas heureuse : le jury était dans l'impossibilité de déclarer toujours sa pensée et la Cour de la connaître avec exactitude. Ne se pouvait-il pas, en effet, que le jury convaincu sur un point ne le fût pas sur un autre? Or il était renfermé dans une alternative : s'il répondait *oui*, il allait au delà de sa conviction en affirmant des circonstances dont il doutait; s'il disait *non*, il restait en deçà. Cette fâcheuse détermination ne pouvait se terminer que par un résultat plus fâcheux encore : l'impunité ou une sévérité excessive. La jurisprudence, plus sage que la loi, permit aux présidents d'assises de diviser leurs questions, et fort heureusement ces magistrats éclairés usèrent de cette faculté.

La loi du 9 septembre 1835 établit, quant au chiffre de la majorité, une distinction entre le fait principal et les circonstances aggravantes; il devenait dès lors impossible de confondre, dans une même question, le fait principal et les circonstances aggravantes. Ainsi se trouva fondée par voie de conséquence une théorie importante que nous allons bientôt voir passer dans la loi.

La loi du 13 mai 1836 prescrivant un scrutin particulier sur le fait principal, d'abord et ensuite sur les circonstances aggravantes, a conservé législativement cette distinction.

Le décret du 6 mars 1848 abrogea la loi de 1835, mais ne changea rien aux règles relatives à la position des questions; enfin la loi du 9 juin 1853, en exigeant dans tous les cas la majorité simple pour la déclaration du jury, a laissé subsister dans toute sa force le principe de la loi de 1836.

En résumé sur le point qui nous occupe, le Code de 1791 était muet; le Code du 3 brumaire an IV avait adopté une analyse excessive; le Code d'instruction criminelle s'était arrêté à une synthèse trop générale; les lois de 1835 et de 1836 ont suivi un système intermédiaire qui est encore en vigueur.

Il importe de remarquer que la règle de la division des questions ne résulte que d'une induction tirée de la loi de 1836, mais cette induction est toute-puissante. En effet, aux termes de cette loi, les réponses du jury ne doivent pas être complexes; comment alors admettre que les questions puissent l'être? Autrement la tâche du jury qu'on prétendait simplifier se trouverait singulièrement compliquée, car il serait dans la nécessité de séparer ce que le président des assises aurait réuni. Ainsi la

division des questions et celle des réponses sont deux idées corrélatives : énoncer l'une c'est énoncer l'autre implicitement.

La jurisprudence n'a jamais faibli dans cette interprétation, et, comprenant bien sa mission, elle y a ajouté une sanction nécessaire en prononçant la nullité de toute question complexe. Cette solution est très-juridique, car il s'agit bien évidemment d'une formalité substantielle. Tels sont les principes; maintenant il convient d'en préciser l'application.

Les criminalistes qui se sont occupés de cette matière ont établi une série de propositions que nous allons successivement passer en revue.

Première proposition : *le fait principal et les circonstances aggravantes doivent être l'objet de questions distinctes.* Cette formule est exacte, mais elle a besoin d'un commentaire : que faut-il entendre par le *fait principal* et par les *circonstances aggravantes?* Nous sommes ainsi ramenés à l'examen d'une théorie générale dont nous avons déjà parlé.

Lorsque, pour la première fois, nous avons rencontré cette difficulté sous l'article 338, nous avons dit que le Code pénal ne contenait pas de règles fixes sur la distinction des circonstances constitutives et aggravantes, et nous avons cherché le sens de l'article 338 dans des motifs spéciaux, en dehors des disputes générales de l'école et du palais. Ici la discussion présente le même caractère : la jurisprudence et la doctrine font dépendre la solution du point particulier qui nous occupe des généralités du droit criminel, mais profondément divisées l'une et l'autre sur les principes, elles n'ont jamais réussi à se mettre d'accord sur les conséquences. Cette divergence vient, à mon sens, de ce que la Cour de cassation et les auteurs, s'arrêtant à des préoccupations étrangères au législateur, ne sont pas entrés dans sa pensée immédiate. Les rédacteurs de la loi de 1836 n'ont pas voulu établir une thèse de droit pur, mais une règle essentiellement pratique : sans remonter à des généralités éloignées, considérons surtout le but prochain qu'ils ont voulu atteindre, les motifs spéciaux qui les ont déterminés, et, par ce moyen, nous arriverons, je crois, à une solution meilleure et plus sûre.

En obligeant le chef du jury à ouvrir un scrutin séparé sur le fait principal et les circonstances aggravantes, la loi de 1836 a cherché à écarter une complexité qui pourrait obscurcir l'intel-

ligence des jurés et induire en erreur sur la portée de leur déclaration. En ne confondant plus dans un même vote des éléments divers, le jury aura toute liberté pour exprimer sa pensée, pour affirmer lorsqu'il sera convaincu et pour répondre négativement lorsqu'il doutera. La spécialité de la réponse assurera sa sincérité, en même temps qu'elle en précisera le sens. Par la force même des choses on a décidé que le président des assises, dans la position des questions, devrait suivre les mêmes distinctions, de sorte que le chef du jury, trouvant dans ce travail un guide assuré, n'eût plus qu'à ouvrir autant de scrutins qu'il y avait de questions posées.

Ainsi toute la responsabilité remonte au président des assises, et c'est aux mains de ce magistrat qu'est véritablement remise l'observation de la loi de 1836 : la régularité du verdict dépendra de la régularité des questions. Comment donc le président des assises devra-t-il procéder? Ne disons pas qu'il devra poser des questions séparées sur le fait principal et les circonstances aggravantes, puisque c'est sur les termes mêmes et l'étendue de cette règle que porte la difficulté : il faut trouver une autre formule. Je m'arrête à la suivante, que je puise dans l'esprit de la loi de 1836, si je l'ai exactement indiqué plus haut : chaque question devra être telle qu'elle puisse être répondue absolument par oui et par non, telle, enfin, que cette réponse absolue s'applique à toute la question, et rien qu'à la question. De cette façon le jury sera parfaitement à l'aise pour déclarer les impressions de sa conscience, et jamais le plus léger doute ne pourra s'élever sur le sens de sa déclaration. N'est-ce pas là précisément le résultat cherché par le législateur de 1836?

Avant d'aller plus loin, il importe que je prévienne une objection qui pourrait m'être faite. Je n'entends pas dire, avec les législateurs de brumaire, que les questions ne devront jamais porter que sur une idée unique, simple, indépendante de toute autre. Non, le jury doit être interrogé sur le fait objet de l'accusation, c'est-à-dire sur un *fait criminel;* la loi de 1836, en opposant le fait principal aux circonstances aggravantes, indique assez clairement que par fait principal il faut entendre un acte complet et punissable. La décomposition de l'accusation ne devra donc jamais dépasser certaines limites : le fait divisé dans tous ses éléments matériels et intentionnels ne devra pas être dispersé dans une série de questions distinctes,

car on retournerait ainsi au système du Code du 3 brumaire an IV, qui a été abrogé; mais il ne devra non plus être présenté avec toutes ses circonstances principales et accessoires dans une question unique, car on reviendrait au système du Code d'instruction criminelle qui a été modifié. Je prétends seulement qu'une question unique devra grouper toutes les circonstances nécessaires pour imprimer au fait un caractère criminel; toutes les autres devront être l'objet de questions distinctes.

Sans doute, au point de vue d'une analyse grammaticale rigoureuse, il restera encore, dans une question ainsi posée, une certaine complexité, mais il n'en résultera dans la pratique judiciaire aucun inconvénient. Un exemple fera bien comprendre ma pensée; on demande au jury : N... est-il coupable d'avoir à....., le....., volontairement donné la mort à telle personne? Plusieurs idées sont virtuellement comprises dans cette question unique : le fait matériel est ou n'est pas; l'accusé en est l'auteur ou il n'a pas commis le fait; il a agi librement ou sous l'empire de la démence, de la contrainte ou pour défendre sa vie menacée; il a porté ses coups avec l'intention de donner la mort, ou au contraire cette issue fatale a été le résultat de circonstances indépendantes de sa volonté. Il y a donc, dans la question ainsi posée, une complexité évidente; mais dans cette mesure, ai-je dit, il n'y a aucun mal, et je le prouve : en effet, qu'a voulu le législateur? Que dans tous les cas, quelle que fût son impression sur certains points et son impression sur certains autres, le jury pût librement répondre par oui et par non, et qu'une réponse ainsi formulée fût toujours claire, évidente, à l'abri de toute controverse. Or, dans l'espèce, il ne peut arriver que de trois choses l'une : ou bien les jurés seront convaincus de l'existence de toutes les conditions que nous avons énumérées, ou bien ils douteront de toutes, ou bien, convaincus de l'existence des unes, ils douteront de l'existence des autres. Dans la première hypothèse, une affirmation pure et simple, une négation sèche dans la seconde exprimera toute leur pensée et rien que leur pensée; dans la troisième, ils nieront, il est vrai, toute la demande dont une partie cependant leur sera démontrée; mais qu'importe, puisqu'une négation partielle vaut ici une négation complète. A quoi bon ménager au jury le moyen de produire quelques affirmations, puisqu'elles

seraient impuissantes à caractériser un fait criminel, et que par conséquent la Cour d'assises n'aurait à en tenir aucun compte.

La complexité a donc un sens légal qu'il ne faut pas confondre avec l'acception grammaticale, et M. Grellet-Demazeau l'a exactement définie en ces termes : « La complexité prescrite « par la loi est celle qui renferme ou l'énonciation de plusieurs « faits punissables, ou d'un fait punissable et en même temps « d'un fait qui atténue, modifie ou supprime la peine; c'est « encore celle qui s'applique cumulativement à plusieurs indi- « vidus. » (V. *Revue de législation*, année 1852, p. 176.)

C'est ainsi que je comprends la loi de 1836, mais l'interprétation que je propose va devenir plus claire par son application aux espèces douteuses signalées par la jurisprudence. N... est accusé d'assassinat, comment interrogera-t-on le jury? par une question unique ainsi conçue : N... est-il coupable d'avoir à..., le..., volontairement donné la mort à telle personne, avec cette circonstance que ce meurtre a été commis avec préméditation [1]? ou par deux questions séparées : 1° N... est-il coupable d'avoir à....., le....., volontairement donné la mort à telle personne? 2° Ce meurtre a-t-il été commis avec préméditation? Les auteurs et les arrêts, ai-je dit, font dépendre la solution de cette difficulté des principes généraux sur les circonstances constitutives et aggravantes : ceux qui considèrent l'assassinat comme un crime *sui generis*, ayant un caractère propre, posent une question unique; ceux qui regardent l'assassinat comme un meurtre aggravé par la circonstance de préméditation, posent deux questions distinctes. Mais l'assassinat est-il un crime *sui generis* spécial ou bien un meurtre qualifié? On peut disserter fort longtemps sur ce point avant d'arriver à une conclusion satisfaisante, et la décision de la difficulté qui nous occupe, quelque parti qu'on prenne, reposera toujours sur une base contestable.

En recourant aux idées que j'ai développées, je raisonnerai plus sûrement à ce qu'il me semble : deux questions distinctes doivent être posées, parce qu'une question unique portant sur le meurtre et la préméditation, en gênant la libre expression

[1] J'emprunte ici, pour la facilité de la discussion, les formules usitées dans la pratique, mais je les crois vicieuses comme impliquant des questions de droit. Je fais cette réserve une fois pour toutes afin de n'avoir plus à y revenir.

de la pensée du jury, laisserait dans tous les cas des doutes sur le sens de sa déclaration. En effet, les jurés peuvent être convaincus du meurtre, non de la préméditation ; dans cette hypothèse, quelle que soit leur réponse, la marche de la justice sera entravée, la vérité compromise, et les droits de la défense violés ; car ou bien les jurés résoudront affirmativement toute la demande dont une partie seulement leur sera démontrée, ou bien ils nieront le tout, bien qu'ils aient reconnu pour vraie l'une des deux imputations. Et puis quelle incertitude sur le verdict ! L'accusé est déclaré coupable : est-ce parce qu'il a commis le meurtre avec préméditation, ou parce que, bien qu'il n'ait pas arrêté à l'avance le dessein de son crime, il a cependant volontairement donné la mort ? L'accusé, au contraire, est déclaré non coupable : est-ce que parce que les débats n'ont établi la preuve ni du meurtre ni de la préméditation, ou parce qu'ils ont établi seulement la preuve du meurtre sans la préméditation ? C'est là un mystère impénétrable. De plus, cette manière de poser la question a pour résultat de mettre le jury à une terrible épreuve, et de le forcer à un compromis extrêmement fâcheux contre qui qu'il tourne ; l'impunité de peur d'une répression excessive ou une répression excessive de peur de l'impunité. Si ce ne sont pas là les inconvénients que la loi de 1836 a voulu écarter, qu'on en indique d'autres !

En demandant au jury dans deux questions séparées : 1° N... est-il coupable d'avoir à....., le....., volontairement donné la mort à telle personne ?

2° Ce meurtre a-t-il été commis avec préméditation ? on sauvegarde tous les intérêts : les jurés pourront traduire leur pensée, quelle qu'elle soit, par oui ou par non, et jamais le sens de leur réponse ne sera douteux. Voilà les conditions d'une bonne justice.

La Cour de cassation a plusieurs fois proclamé, en matière d'accusation d'assassinat, la nécessité de deux questions distinctes ; mais nous verrons bientôt cette imposante autorité nous faire défaut. (V. Cass., 8 juillet 1837, 13 juillet 1837, 8 octobre 1852.)

N... est accusé de parricide, demandera-t-on au jury par une question unique : N... est-il coupable d'avoir à....., le....., volontairement donné la mort à D..., son père légitime ? ou au

contraire posera-t-on deux questions divises et distinctes en ces termes : 1° N... est-il coupable d'avoir à....., le....., volontairement donné la mort à D...? 2° N... est-il le fils légitime de D...? l'argumentation des auteurs et des arrêts, sur ce point, procède de la même manière : le parricide est-il un crime spécial, *sui generis*, ou bien un meurtre compliqué d'une circonstance aggravante? Si l'on adopte la première opinion, une question unique devra embrasser le fait de meurtre et le rapport de filiation; si l'on suit la seconde, ces deux éléments du crime de parricide devront faire l'objet de deux questions distinctes. Mais comment résoudre ce point préjudiciel?

Les raisons fournies à l'appui de chacune de ces deux opinions sont également graves, et les autorités dont elles invoquent le témoignage également imposantes : d'un côté, la Cour suprême avec quelques criminalistes; de l'autre, la majorité des auteurs, et, parmi ses représentants les plus distingués, MM. Morin, Grellet-Dumazeau, Pagès, de Lacuisine. Cette discussion offre, à mon sens, deux inconvénients : d'abord elle ente une difficulté sur une autre; ensuite, en subordonnant le point qui nous occupe à des principes généraux contestables, elle est obligée de combattre pour arriver à une conclusion qu'elle aurait pu justifier avec moins d'efforts, enfin elle livre à la controverse une solution qui aurait pu paraître certaine.

On peut, il me semble, éviter ces luttes et ces incertitudes en envisageant la difficulté à un autre point de vue : la loi de 1836 a voulu que les questions fussent posées de manière que le jury pût toujours exprimer nettement et librement sa pensée; or, dans notre espèce, une question unique qui renfermerait le meurtre et le rapport de filiation enlèverait à la délibération du jury sa liberté et au verdict qui en sortirait sa clarté. Que je montre l'exactitude de ce reproche, et j'aurai bien évidemment établi que la question est complexe dans le sens que la loi de 1836 a attaché à cette expression.

Il est possible que le jury soit convaincu du meurtre, non du rapport de filiation qui existe entre le meurtrier et sa victime; or à une question ainsi formulée : N... est-il coupable d'avoir....., à....., donné volontairement la mort à D..., son père légitime? il ne saurait répondre simplement par oui et par non; car en disant oui, il affirmerait au delà de sa conviction, et en disant

non, il irait encore au delà de sa croyance. Dans cette conjoncture, il n'est donc pas libre, et l'on peut craindre un verdict qui ne sera pas l'expression vraie de sa pensée, et qui aura pour conséquence d'appesantir sur l'accusé un châtiment immérité ou d'accorder à un coupable un bill d'indemnité.

Pour le crime de parricide, deux questions divisées, portant l'une sur le meurtre, l'autre sur le rapport de filiation, devront être posées ; cette nécessité ressort du texte et de l'esprit de la loi de 1836, non d'ailleurs. On peut toutefois fortifier cette solution particulière par un autre argument de texte, et que j'emprunte à l'ouvrage du savant M. de Lacuisine. Dans une accusation de parricide, l'accusé invoque un fait admis par la loi comme excuse ; la Cour ne peut refuser la position d'une question spéciale, en invoquant l'article 323 du Code pénal, qui dispose que le parricide n'est jamais excusable ; car elle préjugerait un point de fait dont l'appréciation appartient souverainement au jury. Or si le président des assises s'est borné à poser deux questions, l'une sur le parricide, et l'autre sur le fait d'excuse, et que le jury ait répondu affirmativement l'une et l'autre, quel ne sera pas l'embarras de la Cour chargée de l'application de la peine? Puisque le jury a déclaré l'accusé coupable de parricide, il semble que ce soit le cas d'appliquer l'article 328 ; mais, d'autre part, il est possible que le jury n'ait admis que le meutre ; cette dernière supposition est même vraisemblable, puisqu'il a accueilli l'excuse. Comment faire? Je vois bien des palliatifs, mais ils sont contestables : la position d'une triple question empêchera que cet embarras ne se produise.

La jurisprudence de la Cour de cassation maintient avec inflexibilité qu'en matière de parricide une question unique peut et doit être posée ; cette jurisprudence, ainsi que l'ont remarqué plusieurs criminalistes et que je l'ai établi moi-même, est en contradiction avec celle qui exige, à peine de nullité, la position de deux questions distinctes en matière d'assassinat. Je n'insiste pas autrement. (V. les arrêts précités.)

Je pourrais examiner d'autres applications, mais j'aurais à présenter les mêmes considérations, et je veux épargner au lecteur l'ennui de ces redites, qui n'ajouteraient rien à ma démonstration.

Je reviens donc à la proposition que j'ai énoncée en com-

mençant, et en résumant les développements qui précèdent, j'essayerai une définition.

Le fait principal, dans les questions posées au jury, doit être séparé de chacune des circonstances aggravantes. Le fait principal est l'ensemble des circonstances mentionnées dans l'acte d'accusation qui, par leur concours, donnent à ce fait un caractère criminel, n'exercent isolément aucune influence sur la pénalité, et ne la déterminent que par leur réunion. Les circonstances aggravantes sont celles qui viennent s'ajouter à un fait punissable, et qui ont pour effet d'influer toutes et chacune sur la peine. Une question unique peut et doit embrasser les premières : à l'égard de celles-ci, c'est oui ou non, il n'y a pas de milieu, et, s'il peut se présenter une situation intermédiaire, elle est indifférente. Une affirmation et une négation pure et simples suffiront toujours pour exprimer la diversité des impressions du jury, l'affirmative indiquant que les jurés ont admis toutes les circonstances, la négative qu'ils les ont toutes rejetées ou qu'ils en ont rejeté quelques-unes : cette dernière alternative est sans intérêt. Les jurés auront donc ainsi toute liberté, et le sens de leur verdict ne sera jamais douteux. Quant aux secondes (les circonstances aggravantes), elles doivent faire l'objet de questions distinctes, car il importe que leur existence individuelle soit constatée, puisqu'elles aggravent la peine; si elles étaient confondues avec le fait principal dans une question unique, le jury convaincu de l'existence de l'un, non de l'existence des autres, n'aurait moyen d'exprimer sa conviction à l'aide de la formule légale, et une certaine amphibologie pèserait toujours sur sa déclaration.

La théorie que je viens de développer me semble avoir été indiquée en substance par M. Nicias Gaillard, dans une dissertation insérée dans le *Journal de droit criminel*, année 1847, p. 142. Est-ce le désir que j'ai de placer mes idées personnelles sous un aussi puissant patronage qui me fait trop facilement croire à l'approbation de l'éminent magistrat? Voici le passage dont je m'autorise; on jugera : « Diviser les questions de ma-
« nière à ce que chacune d'elles réponde à une disposition pé-
« nale, à ce que la déclaration affirmative du jury sur chacune
« d'elles motive l'application d'une peine, c'est là, *sans dis-*
« *tinctions abstraites et sans subtile théorie*, la règle que la loi
« nous paraît avoir voulu établir. »

Le vice de complicité pourrait être réparé en partie par une question subsidiaire. Ainsi, dans une accusation de parricide, on poserait une question ainsi conçue : N... est-il coupable d'avoir à....., le....., volontairement donné la mort à D..., son père légitime? Puis une seconde en ces termes : N... est-il coupable d'avoir, à....., le....., volontairement donné la mort à D...? Mieux vaudrait sans doute ce système que celui qui se bornerait à la position d'une question unique; mais il expose le jury, qui ne comprendra pas le rapport de la deuxième à la première question, au péril de la contradiction, et il offre une certaine complication qui doit lui faire préférer le système plus simple de la division. Un autre danger est à craindre : j'ai déjà fait remarquer plus haut que les questions subsidiaires apportaient un certain échec à la question principale; elles affaiblissent, par une sorte de concession implicite, le titre de l'accusation. Aussi les présidents d'assises se tiennent-ils, autant qu'ils le peuvent, dans les termes de l'acte d'accusation, et ne recourent-ils aux questions subsidiaires que dans le cas d'extrême urgence. Or, si l'on suivait l'opinion que je signale dans toutes les accusations d'assassinat, de parricide, d'infanticide, etc., la question principale devrait toujours être suivie d'une question subsidiaire, et cette position, au lieu d'être accidentelle, deviendrait normale. Pourquoi donc ainsi gratuitement discréditer la poursuite? il n'y a dans ce moyen qu'inconvénients sans avantage : restons donc fermement attachés aux principes.

Cependant il peut arriver que la position d'une question subsidiaire soit vraiment utile : j'en citerai un exemple entre autres. N... est accusé d'attentat à la pudeur sans violence sur un enfant de moins de onze ans; les faits constitutifs de l'attentat et l'âge de la victime devront être compris dans une question unique, puisque l'absence d'une seule de ces conditions enlèverait au fait tout caractère criminel. Les débats révèlent la circonstance de violence et jettent des doutes sur l'âge de la victime. Dans cette hypothèse, la violence doit-elle être considérée comme *une circonstance aggravante* de l'attentat à la pudeur (sans violence) commis sur une personne de moins de onze ans, ou bien comme une *circonstance constitutive* de l'attentat à la pudeur avec violence, l'âge étant *vice versâ* réputé une circonstance aggravante de ce dernier crime? Cette diffi-

culté, au point de vue doctrinal, peut paraître assez délicate; mais il est, à ce qu'il me semble, un moyen facile de la résoudre en pratique. Le président des assises posera une première question conforme au résumé de l'acte d'accusation : 1° N... est-il coupable d'avoir, à....., le....., commis un attentat à la pudeur sans violence sur la fille G..., âgée de moins de onze ans? puis deux autres comme résultant des débats : 2° N... est-il coupable d'avoir, à....., le....., commis un attentat à la pudeur avec violence sur la fille G...? 3° la fille G... était-elle, à l'époque de l'attentat, âgée de moins de quinze ans? (Art. 321.) Dans des circonstances analogues, la sagacité du président arbitrera les nécessités de la situation, et il pourra ainsi combiner, sans violer ni l'une ni l'autre, la règle de la division des questions et celle des questions résultant des débats.

La première proposition, tirée de la séparation du fait principal et des circonstances aggravantes, est une prémisse d'où découlent nécessairement plusieurs conséquences qui sont devenues autant de nouvelles propositions. Nous allons les rapporter, sans avoir besoin de longuement insister sur chacune d'elles.

Deuxième proposition : *Chaque circonstance aggravante doit être l'objet d'une question spéciale.* Les mêmes motifs qui ont fait proscrire la réunion du fait principal avec les circonstances aggravantes, s'opposent à la réunion d'une circonstance aggravante à une autre circonstance aggravante. Un scrutin séparé permettra seul au jury d'exprimer sincèrement sa conviction.

Certaines aggravations ne résultent que du concours de plusieurs circonstances différentes (en matière de vol). Dans ce cas, on peut se demander si ces circonstances diverses pourront être réunies dans une question unique, ou si, au contraire, chacune d'elles devra faire l'objet d'une question distincte. C'est en ce point que consiste la difficulté, et elle nous paraît mal formulée dans les termes où nous la trouvons signalée dans le *Journal de droit criminel* (année 1858, p. 177). Un honorable magistrat avait demandé à M. Achille Morin : « *Lorsque deux circonstances différentes doivent concourir pour constituer une circonstance aggravante qualifiée*, PEUT-ON LÉGALEMENT EN FAIRE L'OBJET DE DEUX QUESTIONS DISTINCTES? » Le savant criminaliste établit, avec l'autorité de la raison et de la loi, que le président des assises peut toujours, dans un but de plus grande

clarté, séparer dans ses questions des circonstances distinctes en fait : la Cour de cassation, en effet, a reconnu le principe de la division facultative, même à l'égard des circonstances qu'elle considère comme constitutives. Quant à moi, je considère la difficulté à un point de vue tout à fait opposé, et je la traduis de la manière suivante : Lorsqu'une aggravation résulte de la réunion de plusieurs circonstances diverses, *peut-on* les grouper dans une question unique, ou *doit-on* poser une question spéciale à l'égard de chacune d'elles? Il serait intéressant d'examiner quelques applications; mais déjà je me suis attardé et je dois presser ma marche; aussi, sans entrer dans la discussion des hypothèses dont la loi nous fournit les exemples, je me bornerai à une solution générale : toutes les fois que l'existence séparée d'une circonstance influera sur la pénalité, alors même que sa réunion à une ou plusieurs autres circonstances serait la cause d'une aggravation plus intense, il importe qu'elle soit individuellement constatée, et une question spéciale n'est pas seulement facultative, mais nécesssaire. Ici s'appliquent pleinement les considérations développées plus haut : la division des questions est le seul moyen de faciliter au jury l'accomplissement de sa mission, et d'obtenir de lui une réponse claire et certaine. Si les deux circonstances sont isolément sans influence sur la peine et ne contiennent, que par leur concours le principe d'une aggravation, le président des assises peut les réunir dans une même question ou les distribuer dans deux questions distinctes, suivant qu'il croit l'un ou l'autre mode plus propre à faciliter la tâche des jurés.

Troisième proposition : *Chaque chef d'accusation doit être l'objet d'une question distincte.* Il y a même raison : l'un des faits reprochés à l'accusé peut être établi et l'autre ne l'être pas. Pour que le jury puisse distinguer s'il y a lieu, il faut que le président des assises ait fait préalablement la distinction dans les questions qu'il a posées.

Cette règle, toutefois, ne doit pas être entendue dans un sens trop absolu : il est, en effet, des tempéraments qui résultent de la nature même des choses, et qui ont été fort sagement consacrés par la jurisprudence. Lorsque les faits forment une série d'actes successifs ayant le même caractère, liés par la même pensée criminelle, pratiqués envers la même personne, lorsqu'ils se placent dans un espace de temps déterminé sans qu'on

puisse cependant fixer l'heure et le moment précis de chacun d'eux, lorsqu'ils ont atteint un certain nombre de victimes sans qu'on puisse nommer chacune d'elles, cette étroite corrélation les confond, et en réalité ils ne constituent qu'un seul chef d'accusation. Ainsi la Cour de cassation a successivement décidé qu'il n'y a pas de complexité :

1° Dans une question unique portant sur des vols successifs commis par une fille dans la maison de son père, vols dont le jour et l'heure ne pouvaient pas être déterminés avec précision (Cass., 9 germinal an IV);

2° Dans une question portant sur plusieurs vols pratiqués par l'accusé au préjudice de la même personne, dans un espace de temps déterminé, lorsque l'époque et l'objet de chacun d'eux n'ont pu être précisés dans l'instruction (Cass., 18 mars 1853, 3 mars 1855);

3° Dans une question portant sur des attentats à la pudeur successifs, ayant les mêmes caractères, commis sur la même personne, accomplis dans un intervalle de temps qu'on ne peut indiquer qu'en ces termes : *dans le cours des années* 1832 *et* 1833 (Cass., 8 août 1840, 24 décembre 1840, 12 juin 1851);

4° Dans une question portant sur plusieurs actes répétés d'empoisonnement accomplis sur la même personne (Cass., 12 décembre 1840).

Ces diverses solutions, auxquelles je donne une entière adhésion, ont été fort vivement attaquées : on a prétendu que des questions qui englobent plusieurs faits dont elles ne précisent ni le nombre ni les dates, sont vagues et entachées de complexité, que dans ces conditions la réponse du jury ne présente aucune garantie sérieuse de majorité, que l'accusé est privé de la faculté d'établir un alibi, et que s'il a eu le bonheur d'échapper à l'accusation, il ne pourra pas se couvrir de la maxime protectrice *non bis in idem*.

Cette argumentation n'était que spécieuse, et elle est tombée devant la dialectique de M. Dupin ; l'éminent procureur général, avec ce bon sens qui, chez lui, est une faculté supérieure, en a fait promptement justice. Le principe qui défend la complexité et veut une question séparée sur chacun des faits est subordonné à une condition qui domine tout, *la possibilité*. Remarque judicieuse et profonde, véritable trait de lumière qui

vont nous rendre facile la réfutation de l'opinion que nous venons de signaler.

Lorsque les faits sont particularisés dans la procédure préliminaire, qu'une question distincte porte sur chacun d'eux, il y a convenance et nécessité à ce qu'il en soit ainsi; mais lorsque les faits ne sont déterminés ni dans leur nombre ni dans l'époque de leur perpétration, qu'ils sont certains, bien que manquant de cette précision, faudra-t-il donc renoncer à les punir parce qu'on est impuissant à les compter et à fixer le moment précis où chacun d'eux a été commis? On craint que la majorité qui sera sortie de l'urne ne soit qu'apparente et ne se compose en réalité que de minorités que le hasard aura associées. On redoute que chacun des jurés émettant une opinion affirmative sur un fait particulier, négative sur le reste de la réponse affirmative donnée collectivement, ne soit que le produit des minorités sur chaque fait contraire à la majorité sur le tout. C'est une méprise évidente : comment veut-on que l'attention des jurés puisse se disséminer sur des faits particuliers, puisqu'ils forment un faisceau indissoluble et qu'aucun d'eux ne saurait se détacher du groupe où la question les a renfermés? C'est tout ou rien; le jury ne saurait répondre que par oui ou par non; il ne peut pas dire oui sur tels faits, non sur tels autres : une question unique suffit donc.

L'accusé ne pourra établir un alibi! C'est vrai, mais l'accusation qui ne peut indiquer ni le jour ni l'heure de la perpétration des faits est aussi moins forte. L'accusé et la société sont donc tous les deux dans une position défavorable, l'un pour se défendre et l'autre pour accuser : est-ce dire pour cela qu'ils seront désarmés? Évidemment non, car on peut accuser sans déterminer le moment précis du crime, et l'on peut se défendre autrement qu'en alléguant un alibi. *Nécessité fait loi.*

L'accusé absous ne pourra pas invoquer la maxime tutélaire *non bis in idem!* Méprise non moins évidente que la première : croit-on, en effet, que si N... a été accusé d'attentats à la pudeur réitérés commis sur telle personne dans le cours de telle année, on pourrait, après acquittement, poursuivre le même individu pour un de ces attentats commis sur la même personne et dont on aurait découvert ultérieurement l'époque précise? S'il fut une application certaine de la maxime *non bis in idem*, c'est bien assurément celle-là; mais on peut plus justement

opposer aux adversaires une objection tirée du même principe. En effet, toute particularisation des faits, dans la position des questions indépendamment de ce qu'elle aurait eu de déraisonnable et d'arbitraire, aurait produit l'impossibilité de purger entièrement l'accusation primitive; il n'y aurait eu aucune raison de regarder comme épuisée la série indéterminée des éléments de cette accusation, tandis qu'en embrassant dans une question, non pas *complexe*, mais *collective*, tous les faits compris dans la même période, on était assuré de ne rien laisser en dehors de la déclaration affirmative ou négative du jury.

Je pourrais arrêter là mes développements, mais je demande à produire encore un exemple tiré d'une affaire devenue si tristement célèbre. Personne ne se plaindra de cette longueur, car je me tais pour laisser prendre la parole à M. Dupin.

Sur le pourvoi formé par la veuve Lafarge contre l'arrêt de la Cour d'assises de la Corrèze, l'éminent procureur général disait : « Le douzième moyen résulterait de ce que le fait d'em-
« poisonnement du mois de décembre et le fait principal d'em-
« poisonnement du mois de janvier ont été l'objet, de la part
« du président, d'une seule et même question soumise au jury,
« et, de la part du jury, d'un seul et même vote. — Il y a évi-
« demment méprise dans l'allégation de ce moyen : il n'y avait
« pas deux crimes dans l'acte d'accusation, mais un seul crime,
« celui d'empoisonnement. Il y avait un seul corps de crime,
« la mort de Lafarge par le poison; la preuve de cette mort
« résultait d'ailleurs de plusieurs tentatives qui constituaient
« autant de charges contre l'accusée, mais sans faire qu'il y
« eût autre chose qu'un seul crime, un seul corps de délit, un
« seul chef d'accusation. — Dans le système de cette accusa-
« tion, c'est au Glandier que le crime a été commis; c'est de là
« que le poison a été envoyé à Paris; c'est au Glandier que
« l'auteur présumé du crime est présent; c'est là qu'après le
« retour de Lafarge, l'empoisonnement continue. Toujours,
« dans le système de l'accusation, Lafarge arrive au Glandier
« malade et atteint par le poison; des remèdes empoisonnés
« lui sont administrés; ils parachèvent quoi? Un seul fait, la
« mort donnée par le poison. Ici on s'est livré à des hypothèses.
« On a dit : « Si quatre jurés avaient été convaincus que l'em-
« poisonnement avait eu lieu à Paris par des gâteaux, et non

« par des potions données au Glandier, si trois autres avaient « été convaincus qu'il n'y avait pas eu d'empoisonnement à « Paris, mais au Glandier par les potions, vous voyez qu'en leur « présentant une question qu'on appelle complexe, ils n'auraient « pas pu s'accorder et rendre une décision qui fût l'expression « sincère de leur vote.

« Je dis, au contraire, qu'ils seraient ainsi tombés d'accord « sur le fait unique d'empoisonnement, et cela prouverait d'au- « tant plus la nécessité de ne pas séparer, je ne dis pas les faits, « mais les charges; car il n'y a qu'un seul fait, mais il y avait « plusieurs charges. — En effet, si l'on avait posé séparément « deux questions, la conviction du jury aurait pu s'égarer au « préjudice de la vérité même; car les jurés, interrogés sur la « tentative opérée à Paris, auraient dû considérer que si La- « farge y avait été malade, il n'y était pas mort; interrogés « séparément sur la tentative du Glandier, ils auraient pu se « dire : Oui, c'est là qu'il est mort, mais il était malade en par- « tant de Paris. Par cette manière de procéder, on aurait rompu « l'unité, le lien, l'accord dans l'emploi successif et obstiné « des tentatives et des moyens combinés pour arriver à la per- « pétration du crime, du crime unique qui faisait l'objet de la « poursuite; car, je ne puis trop le redire, le corps du délit « n'est ni la tentative de Paris ni celle du Glandier : c'est la « mort de Lefarge par le poison, soit que ce poison ait été « communiqué par le gâteau envoyé à Paris ou par les breu- « vages administrés au Glandier, ou par les deux moyens « réunis. Il n'y a pas plusieurs chefs d'accusation, mais un seul « chef établi par plusieurs charges. C'est comme si la mort « avait été donnée par plusieurs coups de feu successifs. Assu- « rément, bien que plusieurs coups de feu aient pu atteindre « la victime, il n'y aurait pas une question distincte pour chaque « coup de fusil. Évidemment donc il a suffi d'une seule ques- « tion. »

Quatrième proposition : *Les questions doivent être spéciales pour chaque accusé.* Cette règle est évidente, car si une même question portait sur la culpabilité de deux individus différents, il se pourrait que l'un fût coupable et que l'autre ne le fût pas: le jury devrait-il donc sacrifier l'innocence de l'un à la culpabilité de l'autre, ou la culpabilité de celui-ci à l'innocence de celui-là? Ce résultat serait monstrueux, et pourtant une ques-

tion ainsi formulée pourrait quelquefois le faire naître, et elle le ferait toujours craindre.

La règle de la division des questions suivant le nombre des accusés ne s'applique pas seulement aux coauteurs, mais aussi aux auteurs et complices.

Toutefois cette règle demande à être bien comprise, et il faut ici se prémunir contre une exagération. Certaines accusations comportent un grand nombre de chefs et d'accusés : chacun des chefs d'accusation imputable à plusieurs auteurs et complices peut être accompagné de plusieurs circonstances aggravantes. Le président des assises devra-t-il, à l'égard de chaque auteur et de chaque complice, répéter la série de questions qu'il aura posées pour le premier, et cette longue nomenclature devra-t-elle être successivement reproduite, pour chaque chef d'accusation, autant de fois qu'il y aura de personnes comprises dans l'acte d'accusation? On peut se figurer aisément quel rude labeur serait imposé au président des assises et au jury, et combien les chances d'irrégularité et de contradiction seraient augmentées.

L'influence de la jurisprudence a encore apporté ici un tempérament fort raisonnable. Il est certain que la question de culpabilité sur le fait principal doit être spéciale pour chaque chef d'accusation et pour chacun des accusés auteurs ou complices ; mais il n'y a pas la même nécessité pour les circonstances aggravantes, ou plutôt pour certaines circonstances aggravantes. Expliquons notre pensée par des exemples : il est, en effet, des aggravations qui consistent dans des faits purement matériels, existant indépendamment de la volonté de l'agent criminel : telles sont les circonstances de *nuit*, de *maison habitée*, d'*escalade*, d'*effraction*, etc. Ces circonstances sont ou ne sont pas ; si elles existent, elles existent pour tous ; si elles n'existent pas, elles n'existent pour aucun. Il suffit donc que le jury se prononce une seule fois sur ces circonstances, et la déclaration ainsi faite sera la vérité pour tous les accusés. Supposons donc qu'il s'agisse d'un vol commis par deux accusés avec les circonstances de nuit, de maison habitée de pluralité de personnes, d'escalade et d'effraction : le président des assises posera à l'égard du premier des accusés les questions suivantes : 1° N... est-il coupable d'avoir, à....., le....., frauduleusement soustrait telle chose au préjudice de telle per-

sonne? 2° Cette soustraction a-t-elle été commise la nuit? 3° A-t-elle été commise dans une maison habitée? 4° Par plusieurs personnes? 5° Avec escalade? 6° Avec effraction? Puis, à l'égard du second accusé, une seule question ainsi conçue suffira : 7° D... est-il coupable d'avoir, à....., le....., frauduleusement soustrait telle chose au préjudice de telle personne, avec les circonstances ci-dessus mentionnées?

On objectera peut-être que cette dernière question est complexe; mais il suffit de remarquer que, si les circonstances aggravantes sont ici réunies au fait principal, c'est uniquement pour établir une relation entre la septième question et les précédentes. Le jury, après avoir répondu aux six premières, n'a plus, dans la septième, qu'à décider une question unique et simple, celle de la culpabilité de l'un des auteurs.

Quant aux circonstances aggravantes qui reposent sur certaines appréciations morales et qui tiennent à la volonté de l'agent criminel, telles que le *guet-apens* et la *préméditation*, elles doivent faire l'objet d'autant de questions qu'il y a d'accusés. Cette distinction établie entre les circonstances aggravantes est rationnelle et se justifie d'elle-même. (V. Cass., 16 novembre 1854, 23 novembre 1854, 7 décembre 1854.)

La complicité résulte ordinairement de ce que plusieurs éléments de l'accusation ont été réunis dans une même question au moyen de la conjective *et;* ne résulte-t-elle pas aussi bien de ce que cette réunion aura eu lieu, sous une autre forme, au moyen de la disjonctive *ou?* En d'autres termes, les questions alternatives sont-elles permises?

On lit dans un arrêt de la Cour de cassation, du 4 mai 1841, les considérations suivantes : « Attendu que la réponse du jury à « une question conçue en termes alternatifs est non-seulement « incertaine sur le mode de perpétration du crime, mais laisse « aussi du doute si l'un ou l'autre de ces faits a été répondu « affirmativement par la majorité du jury; car il est possible « que la moitié des jurés se soit déterminée pour la culpabilité « et l'autre moitié *par l'autre*..... » On connaîtrait mal la jurisprudence de la Cour suprême si l'on s'en tenait à ce passage; en examinant les divers arrêts intervenus sur cette difficulté, on ne tarde pas à s'apercevoir que la Cour de cassation s'est arrêtée à une distinction : si les deux faits objet de l'alternative sont punis d'une peine différente, il y a complexité; s'ils en-

courent le même châtiment, il n'y a pas de complexité. Dans ce système, la Cour de cassation a décidé qu'on peut régulièrement demander au jury si l'accusé est coupable de tel fait, *comme auteur ou comme complice par aide et assistance.* (Cass., 19 décembre 1839, 30 septembre 1842, 23 mai 1844, 21 août 1345.)

M. de Lacuisine, dans son *Traité du pouvoir judiciaire*, propose une distinction quelque peu différente : suivant le savant magistrat, il y a complexité lorsqu'on associe, dans une question unique, des types de culpabilité distincts; exemples : auteur ou complice, complice par aide ou assistance ou complice par recélé; il n'y a pas de complexité lorsqu'on associe dans une même question des éléments que la loi a expressément indiqués comme équipollents; exemples : les degrés de la tentative, la complicité par aide ou assistance, ou provocation, ou procuration d'armes, le crime de fausse monnaie par contrefaçon ou altération, le faux par fabrication personnelle ou par la fabrication d'un tiers, l'attentat à la pudeur consommé ou tenté, etc.

Enfin M. Cubain présente une troisième et dernière distinction : suivant ce criminaliste, il y a complexité dans une question qui embrasse deux éléments distincts incompatibles; il n'y a pas de complexité lorsque l'un de ces éléments est virtuellement compris dans l'autre; exemples de ce dernier cas : viol ou attentat à la pudeur, guet-apens ou préméditation.

Je professe sur ce point une opinion absolue, et je crois, sans distinction aucune, que les questions conçues en termes alternatifs sont irrégulières. J'en donnerai deux raisons :

D'abord je trouve dans cette rédaction les inconvénients ordinaires de la complexité, c'est-à-dire embarras jeté sans nécessité dans la délibération du jury et incertitude imprimée à son verdict. En effet, lorsqu'une question présente à l'esprit des jurés deux faits sous une forme alternative, n'est-il pas possible qu'il se fasse, des douze voix, le partage suivant : trois jurés convaincus de l'existence de l'un des faits, non de l'autre, répondent affirmativement; quatre convaincus de l'existence du premier fait, non du second, répondent aussi affirmativement; les cinq autres n'étant convaincus de l'existence d'aucun des deux faits répondent négativement? Ou bien encore la répartition suivante : six jurés convaincus sur le premier fait répon-

dent affirmativement, les six autres convaincus sur le second répondent aussi affirmativement? Dans le premier cas, la majorité n'est au fond que la réunion de deux minorités, et, dans le deuxième cas, l'unanimité est en réalité un véritable partage. La différence est immense pour l'accusé : car, dans les deux hypothèses qui précèdent, si les questions avaient été divisées, le verdict eût été négatif, et il est affirmatif; il y aurait eu acquittement, et il y a condamnation. Cet argument me semble décisif.

En second lieu, la formule alternative est contraire à cette autre règle que les questions posées au jury doivent être conçues en fait, non en droit. Qu'on veuille bien, en effet, remarquer que ces alternatives, dont la jurisprudence nous offre de si nombreux exemples, appartiennent toutes à la qualification; or je comprends que le législateur ait été obligé, pour atteindre autant que possible l'infinie variété des faits, de recourir quelquefois à ces formules alternatives. Mais lorsqu'il s'agit d'une accusation particularisée, la même nécessité n'existe plus : l'accusation ne repose pas sur tel fait ou sur tel autre, mais bien sur un fait précis et déterminé, la question ne devant porter, suivant moi, que sur le fait, et l'intention qui y a présidé, ne saurait donc jamais être alternative.

Nous avons vu que le président des assises était tenu de diviser les questions dans une certaine mesure que nous avons indiquée : ce magistrat peut-il aller au delà des prescriptions de la loi de 1836? La jurisprudence admet que, pour faciliter la tâche du jury, le président des assises peut décomposer même le fait principal. (V. Cass., 26 avril 1822, 29 avril 1831, 16 juillet 1835, 3 décembre 1836, 3 mars 1837, 22 septembre 1842, 10 mai 1849, 24 mars 1853; V. aussi *Journal de droit criminel*, p. 177 et suiv.)

Cette faculté ne saurait toutefois être illimitée, et, bien que les arrêts et la généralité des auteurs ne fournissent à cet égard aucune indication, j'incline à penser que les questions ne pourraient, à peine de nullité, reproduire le système d'extrême division adopté par la législation de brumaire. Les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ont eu des motifs sérieux d'abandonner cette procédure, et je me refuse à croire que les présidents d'assises puissent faire revivre une loi formellement abrogée. Il ne faut pas s'y tromper en effet : on peut obscurcir

l'intelligence des jurés par une analyse trop minutieuse aussi bien que par une synthèse trop générale. Ces deux méthodes empêchent de bien apercevoir le vrai caractère de l'accusation.

Il ne me reste plus, pour clore ce paragraphe, qu'à signaler deux tempéraments apportés par la jurisprudence à la rigueur des principes que nous venons d'exposer.

L'irrégularité d'une question complexe est réparée lorsque le jury, décomposant la question, a fait une réponse distincte sur chacun des éléments qu'y s'y trouvaient compris. Les questions ne sont divisées qu'afin de produire des réponses simples et claires : qu'importe dès lors comment le jury a été interrogé, s'il est arrivé, par une initiative intelligente, à répondre conformément au vœu de la loi? (V. Cass., 27 juin 1839, 1er avril 1842.)

L'accusé est non recevable à se plaindre du vice de complexité lorsqu'il n'y a pas intérêt : quand il a été acquitté sur la question complexe ou lorsque la condamnation est fondée sur la réponse à une question régulièrement posée. (V. Cass., 25 nivôse an VII, 14 prairial an VII.) C'est là une application nouvelle d'une théorie générale que nous avons déjà plusieurs fois signalée.

SECTION III.

Des incidents.

Nous ne rencontrerons dans cette section aucune difficulté qui soit de nature à nous arrêter longtemps. En général les principes enseignés par la jurisprudence et la doctrine sont d'une parfaite exactitude, et nous n'aurons guère sur ce point qu'à remplir l'office de rapporteur.

C'est au président des assises et non à la Cour qu'il appartient de formuler les questions; mais, dès que ces questions sont l'objet de réclamations, cette contestation forme un incident qui est de la compétence exclusive de la Cour d'assises.

Le droit d'élever des réclamations sur la position des questions appartient au ministère public et à l'accusé. Ce droit, ainsi que le remarque M. Cubain, a été longtemps dénié à l'accusé; mais aujourd'hui on est unanime pour reconnaître que c'est un attribut essentiel de la défense. Ce qui avait fait hési-

ter, dans l'origine, c'était le silence du Code d'instruction criminelle; mais, Dieu merci, cette raison n'a pas, toutes les fois qu'elle pouvait être opposée, paralysé les efforts de la jurisprudence essentiellement progressive en cette matière. (V. Cass., 9 décembre 1825, 16 mars 1826, 9 août 1838, 26 mai 1839.)

Ce principe engendre plusieurs conséquences :

Tout incident relatif à la position des questions intéressant la société et l'accusé, doit être vidé en présence du ministère public et de l'accusé.

Le ministère public doit être entendu sur la réclamation par l'accusé, et réciproquement.

La décision de la Cour d'assises statuant sur la position des questions doit être motivée.

La loi, dit M. Dalloz, fait un devoir à la Cour d'assises d'écouter les réclamations, mais non de donner toujours raison à celui qui les a présentées. Cela est de toute évidence.

La Cour, ajoute le savant arrêtiste, n'a pas seulement le droit de rejeter, si elle les juge mal fondées, les réclamations sur le mode de position des questions, mais elle juge aussi, *et souverainement*, s'il y a lieu de poser telle ou telle question. Cette proposition est trop générale, car elle n'est vraie absolument qu'eu égard à la position des questions résultant des débats. Il n'est pas douteux en effet, du moins cela me paraît ainsi, qu'un arrêt de la Cour d'assises qui rejette la position d'une question résultant de l'acte d'accusation, ou une question d'excuse, ne soit soumis au contrôle de la Cour de cassation.

Certains arrêts de la Cour suprême, apportant une dérogation aux règles qui viennent d'être établies, ont décidé que le président des assises pouvait, sans consulter la Cour, rejeter une réclamation portant sur la position des questions, *lorsque cette réclamation ne portait que sur la forme, et qu'il n'en pouvait résulter ni aggravation ni atténuation de peine.* (Sic Cass., 27 août 1812, 5 novembre 1812.) Cette jurisprudence, bien que fondée sous les auspices de Merlin, a été l'objet de nombreuses critiques : « Pour s'assurer, dit M. Carnot, si la réclamation de « l'accusé présente un objet d'utilité réelle dans son intérêt, il « faut entrer dans l'examen du fond de l'affaire ce qui sort du « domaine de la Cour de cassation. » M. Dalloz, qui rapporte cette jurisprudence et la critique de M. Carnot, fait remarquer avec justesse qu'il serait préférable de s'en tenir à la règle

générale que toute réclamation sur la position des questions donne lieu à un incident contentieux sur lequel il ne peut être statué que par la Cour d'assises.

Le ministère public et l'accusé ne sont-ils pas les *meilleurs* et par conséquent les *seuls* juges de l'intérêt qu'ils ont à réclamer?

Les questions sont définitivement fixées lorsque le jury s'est retiré dans la chambre de ses délibérations; à partir de ce moment-là toute réclamation serait tardive et non avenue. Telle est la règle générale, mais nous aurons l'occasion de signaler ailleurs de remarquables exceptions admises par les auteurs et les arrêts.

J'ai réservé pour ce moment l'examen d'une difficulté qui sera plus facilement résolue à cette place. Le président des assises doit-il donner publiquemnnt lecture des questions posées au jury?

La Cour de cassation s'était, dans l'origine, prononcée pour la négative, mais cette jurisprudence n'était pas généralement acceptée. Déjà M. de Lacuisine, dans son livre sur *le Pouvoir judiciaire*, avait, avec l'autorité qui s'attache à son savoir et à son expérience, enseigné l'opinion contraire. Plus tard, M. Cubain, dans son remarquable *Traité*, établissait la même opinion en la fondant sur le texte et l'esprit de la loi : ce criminaliste faisait observer que si l'article 341 exige la *remise* des questions au jury, l'article 336 en avait préalablement prescrit la *position*. La position des questions par opposition à la remise de ces mêmes questions ne peut désigner autre chose que la lecture publique. A défaut de texte, une considération toute-puissante ferait décider que cette lecture publique doit avoir lieu. Le droit pour l'accusé d'élever des réclamations sur la position des questions suppose nécessairement qu'il en aura eu connaissance; or, comme la procédure des Cours d'assises est publique, on ne concevrait pas que cette connaissance lui fût donnée autrement que par une lecture publique. Qui veut la fin, doit vouloir les moyens.

Cette solution qu'indiquaient la raison, les principes généraux, les textes même, ne pouvait faire difficulté que par la jurisprudence contraire de la Cour de cassation; mais cette dissidence était une erreur échappée à la sagesse de la Cour suprême, et un arrêt du 13 novembre 1856 n'a pas tardé à

restituer aux véritables principes l'imposante autorité de la Cour de cassation. Cet arrêt est ainsi conçu :

« Vu les articles 336 et 408 du Code d'instruction criminelle ;

« Attendu, en droit, qu'aux termes de l'article 336 susvisé, « le président de la Cour d'assises doit, après avoir résumé « l'affaire, *poser* les questions que le jury est appelé à résoudre ; « que cette obligation est distincte de celle de la remise des « questions aux jurés, dans la personne de leur chef, ainsi que « cela résulte des articles 341 et 342 du même Code, qui énon- « cent les deux formalités comme devant être successivement « accomplies ; — Attendu que la position des questions pres- « crites par la loi *implique nécessairement, de la part du prési- « dent, le devoir d'une lecture publique*, ou tout au moins d'une « connaissance des questions donnée à l'accusé, puisque, sans « cette lecture ou cette connaissance, l'accusé ne pourrait « exercer le droit que la loi lui confère de présenter des obser- « vations sur les questions soumises au jury ; — Que dès lors « la lecture en communication des questions intéresse essen- « tiellement le droit de défense ; d'où il suit que la formalité de « la position des questions réalisée, ainsi qu'il vient d'être dit, « doit être considérée comme substantielle ; — Attendu, en « fait, que le procès-verbal des débats ne constate pas que les « questions résultant de l'arrêt de renvoi aient été posées selon « les prescriptions de l'article 336 du Code d'instruction crimi- « nelle ; que le procès-verbal se borne à déclarer que le prési- « dent a remis au chef du jury les questions par lui signées, « sans qu'on puisse induire des énonciations dudit procès- « verbal, qu'aucune lecture desdites questions ait eu lieu, ou « qu'aucune connaissance en ait été donnée à l'accusé. — D'où « il suit qu'il y a eu, dans l'espèce, violation des droits de la « défense et des dispositions de l'article 336 du Code d'instruc- « tion criminelle ; — Casse, etc. »

BAZOT.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

CAUTIONS
DES CONTRAIGNABLES PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE
ET DONNEURS D'AVAL.

(ÉTUDE SUR L'APPLICATION DE LA CONTRAINTE PAR CORPS, SUIVIE D'UN APPENDICE SUR LES AVALS DE GARANTIE.)

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris [1].

Article de M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

N'est-il point un peu tard de remercier aujourd'hui M. Coin-Delisle du demi-volume si plein, si riche d'une vraie science, qu'il a consacré aux « *Cautions des contraignables par corps « en matière civile et commerciale et donneurs d'aval?* »

En 1833, l'auteur publiait un commentaire embrassant toute la législation de la contrainte par corps. C'était son début comme écrivain, et ce début était trop remarquable pour n'être pas remarqué. Il obtint bien vite l'attention et le salut d'un des maîtres du barreau, devenu l'une des sommités de la magistrature.

Ce n'est pas ici le lieu de dire par quelle série d'importants travaux M. Coin-Delisle a, depuis, incessamment accru et fortifié son autorité. Les donations et les testaments, la jouissance et la privation des droits civils, la limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant, de judicieuses monographies sur les difficultés les plus ardues de notre droit, d'excellents articles d'examen doctrinal de jurisprudence en matière civile, des consultations recueillies dans nos collections d'arrêts, semblent réclamer une étude approfondie sur celui de nos jurisconsultes qui, peut-être, par la justesse de l'idée, la rigueur du raisonnement, la fermeté simple et élégante du style, la

[1] Paris, Cotillon, éditeur, 1 vol. in-8°.

clarté de la méthode, rappelle le plus la manière de Pothier.

Une nouvelle édition entièrement refondue de la contrainte par corps est annoncée. Elle fournira une occasion toute naturelle d'apprécier dans son ensemble une œuvre juridique déjà considérable, une œuvre dont, grâce à Dieu, nous n'avons pas les dernières pages.

Cette appréciation, par bien des raisons, je n'oserais l'entreprendre. La signature du compte rendu de 1834 suffirait bien pour me faire comprendre la nécessité de m'abstenir.

Mais les objections d'incompétence me touchent bien moins, n'ayant à parler aujourd'hui que d'une dissertation, à la vérité très-substantielle et qui, à mes yeux, a bien plus de valeur que beaucoup de livres.

La nouvelle monographie de M. Coin-Delisle n'est que le développement de quelques propositions capitales qui s'enchaînent, et qu'en vérité on ne supposerait pas si remplies de difficultés d'application et de détail. Elles sont grosses de controverses, que la doctrine et la pratique sont loin d'avoir éclaircies. A les considérer en elles-mêmes pourtant, elles ne semblent pas provoquer de bien sérieux débats.

1° La caution n'est pas soumise de plein droit à la contrainte par corps lorsque ce mode de contrainte existe contre l'obligé principal ; mais, par exception au grand principe que la liberté n'est pas dans le commerce et qu'on ne pactise pas sur elle, la caution a la faculté, par une stipulation expresse, de s'associer, en matière civile, à la contraite par corps, quand elle est la sanction de l'obligation principale à laquelle elle accède. En cette partie, l'article 2062 du Code Napoléon n'a pas été abrogé par la loi du 13 décembre 1848, et nous connaissons encore la contrainte par corps conventionnelle.

2° La caution non commerçante d'un commerçant pour un acte de commerce n'est pas contraignable par corps, si elle ne s'y est formellement soumise, à moins qu'elle ne participe à l'opération commerciale, ou que le genre de cautionnement par elle souscrit ne constitue, par sa nature et sa forme propre, un acte de commerce.

3° La caution, même commerçante, qui, sans prendre la forme commerciale de l'endossement ou de l'aval, s'associe à l'obligation d'un autre commerçant, même pour une affaire de commerce où elle ne serait pas intéressée, peut se soumettre par sa

loi privée à la contrainte par corps, mais n'y est pas soumise par la loi commune.

4° La caution d'un commerçant, intéressée dans l'affaire commerciale du cautionné, est contraignable par corps, parce que sa dette est commerciale; et, si cette caution est commerçante elle-même, il y a présomption qu'elle a un intérêt à l'affaire, sauf la preuve contraire, qui est à sa charge.

5° Le cautionnement donné sous la forme d'un aval entraîne la contrainte par corps, même contre la caution non commerçante, quand la lettre de change n'est pas simple promesse ou que le billet à ordre ou son endossement ainsi garanti a été souscrit par un commerçant sans énonciation de cause civile ou par un non-commerçant pour acte de commerce.

La caution engage donc sa liberté expressément ou tacitement lorsque la liberté de l'obligé principal est engagée elle-même. L'engagement exprès est prévu par l'article 2062. L'engagement est tacite, quand il s'agit d'un intérêt commercial pour la caution; il est tacite encore, quand le cautionnement revêt la forme d'un endossement ou d'un aval, toutes les fois que cette forme suppose un acte commercial.

Voilà, en résume, les idées que M. Coin-Delisle, avec une merveilleuse sagacité, une grande profondeur, une sûreté de déduction qui n'éprouve jamais de défaillance, a établies, fécondées, et dont il a poursuivi l'application à travers les espèces les plus variées.

Sur sa route, dans la doctrine, dans la jurisprudence, il a rencontré bien des incertitudes, bien des obscurités, bien des contradictions, et il est parvenu, par l'effort de sa logique et la rectitude de sa raison, à imposer à toutes les difficultés l'empire et comme le joug de quelques règles pleines de simplicité et d'unité.

Mais si, avec une rare puissance de systématisation, il a coordonné et discipliné en quelque sorte les principes qui gouvernent ce qui nous reste de la contrainte par corps conventionnelle, c'est-à-dire de la contrainte par corps par suite de cautionnement, il n'a pas sacrifié la vérité par amour des règles qu'il découvrait ou au moins mettait en lumière, et, lorsqu'il s'est heurté à une exception, il l'a reconnue avec beaucoup de bonne grâce. C'est ainsi qu'il ne tient pas pour une vérité tout à fait absolue l'idée que M. Troplong place sous la protec-

tion de Beaumanoir, auquel l'éminent jurisconsulte emprunte la formule : *Pleige ne peut perdre son corps par pleigerie.* Il reprend la thèse d'Émérigon, et il soutient contre l'auteur du *Commentaire sur le Cautionnement* que la caution d'un billet à la grosse est de plein droit soumise à la contrainte par corps. Cette contrainte par corps, suivant lui, n'est pas une contrainte conventionnelle, mais une contrainte impérative. Elle était attachée, du temps d'Émérigon, de plein droit à tous les contrats concernant le commerce de mer. L'ordonnance de la marine et l'ordonnance du commerce lui fournissent des raisons de texte. Il les fortifie par les raisons de convenance et d'utilité. La loi du 15 germinal an VI hérite de la tradition (titre 2, art. 4), qui se perpétue par l'article 2070 du Code Napoléon et par l'article 631 du Code de commerce. La conclusion, qu'il nous semblerait bien difficile d'ébranler, c'est que, sous notre droit encore, le cautionnement par un non-commerçant d'un contrat fait pour le commerce de mer est lui-même un acte de commerce de la même nature qu'un aval opposé à une lettre de change.

M. Coin-Delisle ne se contente pas de combattre la critique de M. Troplong. Il cherche et, je le crois au moins, il trouve la source de l'erreur à laquelle il s'attaque. M. Troplong a eu trop de foi dans l'inflexibilité d'un principe, le principe que le cautionnement indéfini d'un contraignable par corps n'engage pas virtuellement la liberté de la caution. Le grand magistrat a bien interprété les mots de l'article 2016 : « Tous les accessoires de la dette principale. » Ces mots ne s'appliquent pas aux sanctions de la dette, mais aux éléments secondaires qui la grossissent ; la vérité générale qu'il démontre est limitée par une vérité qui n'est qu'une vérité d'exception.

Je signale cette discussion à raison de son importance et aussi à raison de la grande habileté avec laquelle elle est conduite.

C'est surtout dans le développement de la cinquième proposition (§ V, la soumission à la contrainte par corps par voie d'aval), et dans l'appendice sur l'aval de garantie considéré comme contrat spécial, que M. Coin-Delisle a déployé toutes les ressources de sa science si exacte, de son esprit tout à la fois si fin et si judicieux.

Sous la spécialité de son titre, auquel il reste cependant fidèle, que de solutions neuves, que d'aperçus originaux il nous

apporte! Pour mon compte, je n'avais pas le droit de les espérer, parce que les liens qui les unissent à son sujet m'avaient échappé; je n'avais pas deviné combien la matière, en apparence restreinte et aride, dont l'auteur a fait l'élaboration, a d'affinités et d'attractions; je n'avais pas soupçonné que M. Coin-Delisle m'offrît le meilleur et le plus sûr commentaire de l'article 1326 du Code Napoléon et des articles 636 et 637 du Code de commerce. Mon indication n'est pas limitative. Je suis accoûtumé à prendre sans façon *le bien où je le trouve*; je ne m'arme pas contre lui de fins de non-recevoir : mais *le bien*, sous la plume de M. Coin-Delisle, est à sa place; il se présente par le vrai chemin, sous bonne escorte, mais sans violence; il n'apparaît pas comme un usurpateur procédant par voie d'envahissement; il arrive tout naturellement, et, s'il nous surprend, c'est que notre regard n'a pas eu assez d'étendue.

Je voudrais bien signaler aussi la forme, la physionomie littéraire de cette monographie, qu'on lit avec un véritable intérêt et presque avec autant de plaisir que de profit. Un style incisif, un heureux souvenir historique, un mot piquant s'adressât-il aux avocats qui citent trop d'arrêts, une allusion, disons mieux un respectueux hommage *à l'avocat de Blois, qu'on ne lit plus assez, et qui devint le plus complet des professeurs de droit commercial et l'un des plus illustres membres de la Cour de cassation*, ne gâtent pas un livre dans un pays que ses précédents ne condamnent pas absolument à croire que le savoir, l'esprit et le bon sens sont des frères ennemis.

Cette monographie est dédiée à M. Chaix-d'Est-Ange, procureur général près la Cour impériale de Paris. Je suis convaincu qu'elle ne sera pas plus désavouée par le goût et le tact du brillant orateur que par la gravité du magistrat.

A. BERTAULD[1].

Une deuxième édition vient de paraître, de l'*Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement en forme de commentaire; de la loi du 22 frimaire an VII;* par M. G. DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

[1] Dans l'article *Indissolubilité du mariage* de M. A. Bertauld, p. 428, ligne 30 de ce volume, au lieu de *interdit*, il faut lire : *n'interdit pas*.

La première édition a été appréciée avec autorité par notre savant collaborateur, M. Serrigny [1]. Les développements nouveaux que vient d'y apporter l'auteur le tiennent au courant du dernier état de la législation et de la jurisprudence. Nous reviendrons sur cette publication, mais dès à présent il nous paraît que, tout en conservant le cadre primitif de son œuvre, M. G. Demante a accompli un sérieux et utile travail de révision.

CHRONIQUE.

Par décret impérial du 28 décembre 1861, une commission vient d'être instituée à l'effet de préparer un projet de loi pour réglementer la propriété littéraire et artistique et coordonner dans un Code unique la législation spéciale. Le rapport qui précède ce Décret le rattache au décret du 28 mars 1852, où l'initiative impériale a posé et reconnu le droit international sur cette matière. Les noms des membres de la Commission sont une garantie de la perfection du projet sur des intérêts aussi délicats.

M. Coin-Delisle vient d'être nommé chevalier de la Légion d'honneur. Voici en quels termes le *Moniteur* annonce que cette distinction, depuis longtemps méritée par de nombreux et utiles travaux, a été accordée au savant jurisconsulte :

Par décret rendu sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, a été nommé dans l'ordre impérial de la Légion d'honneur, au grade de chevalier :

M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris, auteur de livres de droit estimés.

[1] V. la *Revue*, t. XIII (1858), p. 372.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

DES DERNIERS PROGRÈS DE LA LÉGISLATION COMMERCIALE EN ITALIE[1].

Par M. MITTERMAIER. — Traduit par M. J. BERGSON.

> Aucune partie de l'Europe n'est située d'une manière aussi avantageuse que la péninsule italienne pour devenir une grande puissance maritime..... La première condition de l'Italie constituée en une seule monarchie sera d'être puissance maritime.
>
> (NAPOLÉON Ier [2].)

L'illustre vétéran de Heidelberg, dont l'Allemagne, dans l'antique résidence de Conrad, — le premier des Hohenstaufen, de cette famille dont l'Italie, depuis le Barberousse, héros légendaire du peuple italien, jusqu'au dernier Conrad, le malheureux Conradin a gardé le long et funeste souvenir [3], — habitée longtemps par des comtes palatins de la royale maison de Zähringen, restée en tout temps la généreuse patronne des plus nobles aspirations de la commune patrie, comme des travaux les plus savants de la studieuse Germanie ; près de ce château dont l'Europe admire

[1] Publié dans la Revue de droit commercial (*Zeitschrift fur Handelswissenschaft*) de M. le prof. Goldschmidt à Heidelberg, IV, 326. — V. sur le même sulet : Revue Wolowski, XVIII, 324; XIX, 90; — Revue Fœlix (IIe série), XII, 862, — et l'*Histoire de la législation italienne*, par M. le comte Sclopis, trad. par M. Ch. Sclopis (de Petreto), 1861, I, chap. 5, 164 et suiv.

[2] *Mémoires* publiés par le général Montholon, III, 160; 162-63. — *Hist. de la législation italienne*, I, p. 163.

[3] Conradin a expié sur l'échafaud, à Naples, la téméraire entreprise de ses ancêtres, l'asservissement de l'Italie (25 oct. 1268, après la bataille perdue du Tagliacozzo, 18 août). Les champs de la Campagne et de l'Apulie devenaient le tombeau de la fleur de la Chevalerie allemande.

aujourd'hui les solitaires ruines [1]; dans cette Académie où depuis six siècles, depuis le règne d'un noble comte-palatin, d'un Rupert, de chastes Muses, loin du bruit du Capitole et des disputes du forum, nourrissent le feu sacré, l'ardent foyer (*atrium*) de la jurisprudence et de la science allemandes; — dans cette cité studieuse et paisible, où l'Allemagne et la Suisse réunies ont célébré naguère le jubilé du vétéran de la science du *droit comparé européen* avec des cris d'allégresse, écho affaibli, sans doute, de ceux des fêtes néméennes, dont la fête presque simultanée de l'Anacréon, du Tyrtée germanique pouvait seule dépasser l'éclat [2], — le doyen des *amis contemporains de l'Italie*, continue avec une ardeur presque juvénile ses études sur l'histoire et les progrès de la législation italienne. Nous osons traduire aujourd'hui l'une de ces études, n'étant en quelque sorte que la suite des quatre autres publiées, il y a une vingtaine d'années, sur le même sujet et qui nous paraît de nature à exiger la très-sérieuse attention des rédacteurs qui, en ce moment, recueillent les éléments épars de la législation commerciale de la Nouvelle-Italie, de cette Italie qui fut naguère le berceau de la coutume commerciale, comme des autres branches de la jurisprucence (droit civil, droit canon, droit lombard, de cette mère-patrie (*alma mater*) de tout ce qu'on est convenu d'appeler la civilisation européenne moderne, où, dans les ténèbres du moyen-âge, les décisions de la *Rota genuensis* de l'antique cité ligurienne restée, depuis Strabon, la *métropole commerciale de toute la Ligurie* (*emporium totius Liguriæ*) et la *Rota Romana*, commentées par les Straccha, les Casaregis, les Scaccia, les Balde, respectées comme des oracles par l'Europe commerçante, ont fondé la coutume du droit commercial du moyen âge, devenue la source des Codes de commerce modernes.

[1] Is it the *great condition* of the ancient university of Rupert? Is it the hospitality of the inhabitants of Heidelberg? Is it the bacchanalian delights of the great tun of Heidelberg, that have such much attraction?.

(*Ruins of* Heidelberg *Castle*, page 11.)

[2] V. *Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse*, IX (1860). part. I, p. 19 et suiv., surtout nos 21 et 23, p. 51 et suiv.

Traduction.

Il est de la nature du droit commercial de ne pas se renfermer dans les étroites limites territoriales d'un certain pays, mais franchissant les espaces, d'étendre son action, d'accomplir sa mission civilisatrice dans le monde européen. Cette action si féconde s'épanouira dans toute son énergie à mesure que les règles du droit commercial seront assises sur des bases fixes et uniformes, de nature à permettre au commerçant qui aura contracté dans un pays étranger d'y obtenir une prompte et facile justice devant les tribunaux compétents [1]. Sous ce rapport la loi de l'Allemagne sur le change du 24 novembre 1848, et son introduction dans les États héréditaires qui composent aujourd'hui la monarchie autrichienne, doivent être considérées comme des événements du plus heureux augure : *pour la première fois*, dans l'histoire de la législation moderne, dans celle de l'Allemagne surtout, *une loi unique, uniforme allait régir une population qui atteint le chiffre considérable de soixante-quinze* (75) *millions d'individus* [2].

De *nouvelles* espérances font battre le cœur, de nouveaux horizons se présentent au regard de l'*Ami de l'unité* de la législation allemande, à la vue du congrès des délégués des gouvernements de l'Allemagne qui se sont réunis naguère pour déli-

[1] « Si dans aucune partie du droit le problème d'une législation univer-« selle, de nature à embrasser le monde civilisé, était susceptible d'une « prochaine (il fallait dire : d'une future, *peut-être prochaine*) solution, ce « serait assurément en *matière commerciale*, où la coutume commerciale, « celle qui a été recueillie par les Baldus et les Straccha, qui a été appliquée « par la *Rota Romana* et surtout la *Rota Genuensis*, qui a été commentée « par les Scaccia et les Casaregis, semble avoir tout préparé. » (Revue Fœlix, t. X, 1840, p. 341 : compte rendu du Code de commerce pour les États de S. M. le roi de Sardaigne.) (*Note du traducteur.*)

[2] V. nos *Lettres de change d'après le Code de commerce de la nouvelle loi de l'Allemagne*, Paris, 1848. (Revue Fœlix, IIe série, t. V.)

La loi du 24 novembre fut trop longtemps l'unique, la seule de ce qu'on est convenu en Allemagne, depuis la *catastrophe* de 1848, d'appeler conquêtes de mars (*März Errungenschaften*). (V. la *Revue critique*, t. VI, 563, et les *Mémoires* de l'Académie de législation de Toulouse, t. IX, 1860, p. 34.)

bérer sur le projet du Code de commerce de l'Allemagne-Unie [1].

Cependant on ne pourrait contester que, pour la réussite d'une pareille entreprise, il fallait que les rédacteurs d'un Code appelé à une application si vaste, si étendue, se missent en possession de nombreux matériaux et recueillissent toutes les données résultant de l'expérience de divers pays. Il fallait surtout que les rédacteurs étudiassent avec soin la *jurisprudence commerciale* des différents pays, car les *usages* du commerce et les exposés des motifs offriront toujours la source la plus précieuse, la plus abondante où vont puiser les rédacteurs d'un nouveau Code de commerce. Combien de fois le juge de commerce (consulaire) serait-il obligé d'avouer son impuissance, s'il en était réduit à n'avoir devant lui que le texte de son Code, en face des lacunes que présente nécessairement la législation commerciale de son pays! Et cela, sans parler des défauts de clarté et de précision qui résultent trop souvent de la rédaction et du sens équivoque des termes [2]. L'étude et l'examen des *décisions* judiciaires attirent l'attention vers les espèces et font découvrir des rapports dont les rédacteurs d'un Code ne sauraient prévoir d'avance les savantes complications. Il n'en est guère moins vrai, et celui qui une fois a été appelé aux honneurs de concourir à la rédaction d'une nouvelle loi en conviendra bien certainement, que cette rédaction pour être complète, pour réussir entièrement, devra être faite dans la prévision des différentes espèces pouvant se présenter, qu'elle devra ne laisser subsister, dans l'esprit du juge appelé à l'interpréter, aucun doute sur la portée et l'étendue de ses applications ni sur l'esprit de ses termes, de façon à garantir l'entière, l'efficace action de la justice. C'est surtout en matière commerciale que l'étude constante des nombreuses décisions judiciaires (*Recueils des arrêts*) devient un besoin de première nécessité, là où tout dépend un peu du point de vue ou l'on se place,

[1] La *Revue* donnera prochainement le texte des résolutions arrêtées, au mois de mai dernier, par le congrès de commerce allemand (*deutscher Handelstag*) à Heidelberg, et dont la publication a été retardée. (*Note du traducteur.*)

[2] Citons comme un exemple le titre *des Lettres de change*, ainsi que M. Mittermaier l'a si bien démontré dans ses études sur les progrès et l'état de la législation en matière de change. (Revue Fœlix, VII (1840), 849; VIII, 109.) (*Note du traducteur.*)

des termes employés, des usages locaux, autant d'éléments différents qui amènent la variété infinie des cas à juger par les juridictions consulaires, et qui formeront l'éternel écueil où vont échouer les législateurs qui ont la prétention de vouloir formuler des Codes de commerce et de descendre dans les détails et les diversités infinies des espèces,

Que tous ceux qui, pour une part quelconque, peuvent être appelés à prêter leur concours à la rédaction de nouveaux Codes, veuillent bien relire avec attention les paroles, si peu encourageantes, prononcées par plusieurs auteurs sur les défauts et les lacunes de la législation française [1]. Nous citerons, par exemple, celles que M. Rousset a publiées, dans cette *Revue*, sur les défauts de la *codification des lois françaises*, et notamment du Code de commerce.

M. Rousset constate, avec une force d'arguments difficile à réfuter, que les rédacteurs de ce Code ne se sont pas toujours, d'une manière assez nette et satisfaisante, rendu compte de l'objet de leur tâche ni du but vers lequel ils tendaient; qu'ils ne faisaient pas toujours un choix judicieux des termes les plus propres répondant le mieux à l'objet de la loi; que cette rédaction si incomplète a quelquefois détourné le juge appelé à appliquer la loi, dans de fausses directions. M. Rousset constate encore que la préoccupation constante du législateur de resserrer les rapports les plus variés dans le cercle trop étroit des formules générales [2], a rendu quelquefois très-laborieuse la mission du juge. Ce ne devait pas être ainsi qu'il fallait répondre aux besoins de la pratique, à ses nombreux et multiples besoins, en restreignant jusqu'à l'excès le pouvoir du juge : excès qui a eu pour conséquence forcée la trop fréquente contradiction entre l'esprit des arrêts (la jurisprudence des tribunaux) et la conscience de l'*opinion publique*. M. Rousset fait remarquer enfin que la jurisprudence de la Cour suprême n'a pas encore entièrement réalisé le bel idéal de l'unité de jurisprudence qui forme le but et la gloire de cette belle institution que l'Europe envie à juste titre à la France [3].

[1] Aux défauts et lacunes, nous devons ajouter le célèbre *malentendu* d'un illustre magistrat. (*Revue critique*, VI, 169.) (*Note du traducteur.*)

[2] *Espèce de lit de Procuste.* (*Note du traducteur.*)

[3] V. *De la lettre des lois et de la codification rationnelle des lois*, par M. G. Rousset, dans la *Revue critique*, t. IX-XIII; V. aussi t. VI, 354,

Si nous entrons dans les débats des commissions qui furent chargées de la rédaction des lois commerciales pour l'Allemagne, nous y découvrirons de véritables trésors, des observations pratiques ; mais c'est à regret que dans les délibérations nous rencontrons la complète absence de notions sur les travaux de ce genre qui ont été recueillis en Italie, en matière de législation, de jurisprudence et de sciences commerciales. Un mot sur ce sujet ne me paraît donc pas tout à fait dénué d'intérêt.

L'Italie fut le pays où le droit commercial s'est développé tout d'abord, où des lois furent publiées dans les villes sur les parties les plus considérables du droit commercial, où les gouvernements restaurés en 1815 respectaient le Code de commerce français. En Lombardie même, où la législation autrichienne fut introduite, le Code de commerce français restait en vigueur. Toutefois des négociants distingués et d'habiles jurisconsultes furent d'avis que le règne du Code de commerce français était un obstacle à ce développement réel de la science, telle qu'elle doit se faire pour répondre aux besoins du commerce. En effet, autrefois le juge prenait en considération ces besoins et les usages qu'ils avaient consacrés, il sanctionnait par ses décisions les résultats adoptés dans la pratique universelle. Le législateur français, au contraire, a supprimé cette autorité des usages ou, du moins, il ne les admet que dans un nombre restreint de cas, et il veut que

dissert. de M. Labadie; t. IX, mois d'août, *Observations historiques sur la codification*, par M. Malapert. — F. Ambrosoglio (*regio procuratore*), *Sulla nuova codificazione nei regi stati*, Pavia, 1861.

M. Mittermaier, dans de nombreux travaux, a examiné le Code de commerce de 1807, au point de vue critique et international, dans plusieurs de ses ouvrages et dans un grand nombre de dissertations publiées, soit dans les trois Revues fondées et dirigées par lui, soit dans nos Revues françaises (Revue de législation, Revue Fœlix). De ces ouvrages, il suffira de citer ses principes de droit privé allemand (*Grundsätze des gem. deutschen* P.R, mit Einschlus des Handels-Wechsel und Seerechts, 2 vol. 7e édit., 1847, t. II, liv. VII, sect. 2).

Dans le grand nombre de ses dissertations spéciales sur les principales matières du livre Ier du Code de 1807, nous citerons seulement celles intitulées : *Des progrès et de l'état de la législation et de la science du droit en matière de lettres de change.* (Revue Fœlix, VII, 849; VIII, 109.) Les travaux de M. Mittermaier, en matière de lettres de change, peuvent, en quelque sorte, être regardés à la fois comme les précurseurs et le commentaire de la belle loi allemande du 24 novembre 1848.

la lacune soit complétée par une interprétation du texte des lois et non pas en consultant les coutumes et les usages locaux. De là résulte un isolement fâcheux du reste de l'Europe, et des décisons, rendues conformément au texte ou à l'esprit de ce Code, se trouvent en contradiction trop fréquente avec les idées du commerce. Le sens si droit des jurisconsultes français s'est constamment appliqué à remédier à tous ces divers inconvénients [1].

Un Code de commerce nouveau fut promulgué à Naples en 1819, un autre de 1821 dans les États pontificaux : le Code de commerce français avait servi de base à ces deux Codes. Plus tard des dispositions communes sur lesquelles les idées régnantes en Autriche avaient eu beaucoup d'influence, furent publiées dans les duchés de Parme et de Modène, dans un appendice au Code civil. La Sardaigne aussi fut dotée d'un Code de commerce nouveau [2].

En Sardaigne il y avait cela de spécial que les idées qui avaient eu le dessus en Piémont et en Savoie avant l'Empire français, s'y étaient conservées, tandis qu'à Gênes deux courants d'idées se faisaient sentir, l'un s'attachant au Code de commerce français promulgué dans la ci-devant république, l'autre recommandant les usages antérieurement pratiqués. Des avis avaient été demandés aux cours supérieures et aux chambres de commerce, et ils renferment de nombreuses observations législatives d'une haute importance. Aussi le président comte Carlo de Bosnazio et l'avocat Perazzo de Gênes avaient exercé une haute influence sur la rédaction du Code.

On se tromperait toutefois singulièrement en supposant que les décisions intervenues pendant cette période dans les tribunaux italiens, en matière commerciale, ne font que reproduire

[1] V. Revue Fœlix, XII, 378, 416, 580 732 et 912. (*Études sur le contrat d'assurance ; des lettres de change*, etc.)

[2] Le nouveau Code de commerce de l'ancien royaume des Deux-Siciles, reproduction du Code de commerce de 1806 (711 articles), fut promulgué le 26 mars 1819. Dans les États de l'Église, un règlement provisoire du commerce a rétabli le Code français, suspendu en 1814, avec quelques modifications relatives aux tribunaux de commerce, etc. Un règlement législatif et judiciaire du 10 novembre 1834 contient, dans les sections 3 et 4, des dispositions nouvelles relatives aux tribunaux après les événements de 1814, les anciennes lois publiées en 1723, et dont le roi Charles-Emmanuel III donna une édition avec de nombreuses dispositions additionnelles,

les idées commerciales des tribunaux et enseignées par les auteurs français. Une comparaison scrupuleuse démontrera, au contraire, que si très-souvent, à la vérité, ils se sont peut-être trop scrupuleusement attachés aux idées françaises, ils ont cependant suivi très-souvent une voie différente, indépendante et peut-être plus en rapport avec les besoins du commerce. Les causes de cette différence reposent, d'une part, sur une interprétation différente des textes, et d'autre part sur un usage différent des sources servant à l'interprétation des opérations commerciales, tandis qu'en France les jurisconsultes sont habitués à s'attacher étroitement au texte des dispositions du Code.

Les décisions des tribunaux de commerce en Italie fournissent une source abondante du droit commercial, et les jurisconsultes italiens, les premiers, ont traité le droit commercial au point de vue scientifique. Quiconque s'est occupé de l'histoire du droit sait combien nous devons aux travaux de Casaregis, de Lucca, d'Ansaldi, de Straccha, etc. Le caractère propre de ces travaux consiste précisément en ce que les auteurs se sont surtout occupés de la question d'application du droit romain aux rapports commerciaux, et que partout on a eu égard aux usages du commerce et à la manière d'agir pratiquée entre de loyaux commerçants. Les législateurs en Italie jouissaient, au XVI[e] siècle, d'une telle auto-

le 7 avril 1770, furent rétablies en Sardaigne, en Savoie et dans le Piémont. Elles sont restées en vigueur, en matière commerciale, jusqu'au nouveau Code de commerce, exécutoire du 1[er] janvier 1843 ! La ville de Gênes, seule, a continué à observer le Code de commerce de 1801.

Le Code de 1843 (en 723 articles) suit pas à pas le Code de 1806, augmenté des lois récentes votées par les chambres françaises en 1817, 1833, 1838 et 1841. Il a résolu, presque toujours dans le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, les difficultés soulevées par la pratique, et assez souvent il a introduit des réformes utiles, supprimé des abus et innové d'une façon heureuse. (V. notre compte rendu dans la Revue Fœlix, X (1842), 371, et la *Concordance des Codes de comm.*, 2[e] édit., 1851, p. 526.) Parme a conservé le Code français de 1806, à l'exception des *lettres de change* (liv. III, chap. 5). En Toscane, le Code de 1806 a continué à rester en vigueur, sauf la suppression des tribunaux de commerce et quelques modifications en matière de lettres de change et de faillite. La Lombardie était régie par la législation commerciale de l'Autriche (ordonnance sur le change, du 1[er] octobre 1763 ; *editto politico di navigazione*, du 25 avril 1774 ; *Concordance*, p. 143). (*Note du traducteur.*)

rité à l'étranger que la ville de Nuremberg demanda en 1506 au sénat de Venise, la communication des lois de la république. On regrette que les historiens du droit commercial allemand aient si peu consulté les notices considérables que nous devons au comte Sclopis sur les lois relatives au régime des banques et au régime commercial de Gênes, et les décisions de la *Rota genuensis* jouissaient d'une autorité générale, à Florence, à Rome, à Milan et à Venise (*Storia della legislazione italiana*, t. I, p. 330, et la récente traduction de M. Ch. Sclopis (de Petreto), t. 1, chap. 5).

Les révolutions politiques de l'Italie où l'Empire français a introduit également la législation et la jurisprudence françaises, ont influé sur les conditions du droit commercial dans la péninsule. Le Code de commerce fut introduit et les tribunaux de commerce des villes italiennes durent souvent modifier leur décisions dans l'application de ce Code. Lorsque après l'affranchissement de l'Italie de la domination française les anciens souverains de l'Italie rentrèrent dans leurs États, une nouvelle ère commença pour les législations. Ces souverains, tout en s'empressant de rétablir la législation antérieure, en vigueur en matière pénale et en matière civile avant l'Empire français, y ont cependant apporté de nombreuses modifications; les jurisconsultes italiens se sont appliqués à interpréter la loi commerciale dans un esprit plus large en s'attachant moins aux termes, et en se mettant en quelque sorte à la place des parties contractantes. Les commerçants comme les juges aiment à se rendre compte de l'esprit, dans lequel les parties ont contracté lors de la conclusion de l'affaire et jugent l'espèce dans cet esprit. Tandis que les jurisconsultes français devaient appliquer le Code civil comme source subsidiaire du Code de commerce, et que bien des jurisconsultes ont adopté le principe qu'une disposition générale interdit au juge d'appliquer le droit coutumier (les usages), à moins que la loi ne renvoie à ces usages d'une manière expresse, qu'en conséquence le juge ne saurait en général avoir égard à ces usages de commerce, un point de vue plus libéral s'est fait jour en Italie, à savoir qu'en matière commerciale le juge doit considérer les usages du commerce et qu'il doit appliquer la loi de façon qu'elle se concilie le mieux avec les usages. En conséquence les commerçants appelés à siéger en qualité de juges

s'en tiennent volontiers aux usages reçus, et les juges d'appel sont portés à tenir fidèlement compte de l'opinion traditionnelle sur la valeur de ces usages. Il faut en outre rappeler une autre circonstance qui, en Italie, a exercé une influence prépondérante, à savoir la manière de consulter les autorités scientifiques. En France on consulte les commentateurs qui ont expliqué le Code de commerce, tels que Pardessus, Locré et Massé; parmi les anciens on consulte quelquefois encore Pothier et Savary, tandis qu'en Italie les avis des grands interprètes du droit commercial tels que les Casaregis, les Straccha, sont souvent restés d'une importance décisive et que les décisions rendues par la Rota de Gênes ont continué jusqu'à nos jours à jouir d'une haute considération. C'est ainsi qu'il faut grandement tenir compte des décisions rendues par les tribunaux établis en matière commerciale, bien plus que de celles des tribunaux français, parce qu'ils sont plus en harmonie avec les usages et répondent mieux aux besoins permanents et journaliers du commerce. Ainsi, par exemple, le recueil des décisions du tribunal de commerce de Livourne, contient un trésor précieux d'intéressantes notices et les exposés de motifs. Il faut regretter aussi que les jurisconsultes allemands qui ont traité le droit commercial, aient regardé avec indifférence les travaux scientifiques, si considérables, des jurisconsultes italiens en matière commerciale et ses diverses applications à Naples, à Rome, en Toscane, en Piémont et dans le royaume lombardo-vénitien. Deux grands événements dans la législation commerciale de l'Italie méritent encore une attention spéciale, à savoir, l'introduction de la loi allemande sur les lettres de change dans le royaume lombardo-vénitien et la loi sarde du 14 avril 1853, contenant des modifications de certaines dispositions en matière de lettres de change.

MITTERMAIER.

Heidelberg, 26 mai 1861.

CHRONIQUE.

RÉFORMES DE LA PROCÉDURE CIVILE EN ALLEMAGNE ET EN BELGIQUE.

Par M. H. Backer, avocat à la Cour impériale de Paris.

Depuis quelques années il s'est accompli un grand travail de réformation juridique dans les idées des peuples de l'Allemagne. Après des luttes gigantesques où l'on a vu de part et d'autre les plus savants docteurs, des hommes de génie même combattre pour ou contre l'unitarisme et la codification, le sentiment populaire témoin et juge passif de ces hauts faits purement théoriques, mais avide aujourd'hui d'en recueillir les fruits, a déclaré clos les débats pour entrer immédiatement dans le domaine de l'application. Le poëte n'a-t-il pas dit :

Der Worte sind genug gewechselt,
Lasst uns nun Thaten sehn.

C'est merveille en vérité de voir les rapides résultats de cette énergique volonté d'un peuple qui se réveille un jour en disant: *je veux l'unité du droit allemand.* Non moins merveilleuse a été aussi l'influence morale qu'une simple assemblée délibérante, sans autre appui que le vœu populaire, a exercée en Allemagne sur tous les esprits en général et sur les princes en particulier.

Le congrès des juristes allemands (*juristentag*) est le résultat d'un vote de la société judiciaire qui se tient en permanence à Berlin et qui a maintenant ses ramifications dans les principales villes de l'Allemagne [1]. On sait que l'idée du congrès créé pour

[1] V. sur l'historique de ce congrès une remarquable brochure qui a pour titre : *L'Allemagne et l'Italie* (nos 11 et 12, p. 30 et suiv.), de M. Bergson, l'associé laborieux des œuvres du regretté Fœlix, le savant historiographe des nombreux travaux de son illustre ami, M, Mittermaier, le vétéran de Heidelberg, qui a fondé la science du droit comparé. (Chez Dentu et chez Cotillon, libraires à Paris, 1861.)

V. également le mémoire de M. Bergson lu à l'Académie de législation de Toulouse (séance du 29 février), intitulé : *Mittermaier et son jubilé du 8 mai 1859.*

la réforme des lois dans ce pays avait rencontré d'abord quelques opposants, mais fut accueillie ensuite par une expression de sympathie générale même de la part des princes et ministres allemands.

Le but de ce congrès de juristes, c'est la réalisation de l'unité du droit allemand, particulièrement de la procédure civile et criminelle, du Code pénal et du droit d'obligation.

Déjà un premier succès a été atteint cette année : on a réussi à formuler un Code de commerce pour toute l'Allemagne auquel a concouru très-énergiquement le (*handelstag*) congrès du commerce qui a eu lieu à Heidelberg du 5 au 8 mai 1861 ; ce Code doit entrer en vigueur dans tous le États de l'Allemagne; la Prusse, la Bavière l'ont déjà adopté.

Tels sont les bienfaits obtenus par les juristes allemands, dont nous voulons ici analyser les efforts.

A la fin du mois d'août 1860, eut lieu un premier congrès qui s'assembla à Berlin et réunit environ 600 légistes de tous grades, juges, avocats, stagiaires, professeurs et même des juristes étrangers.

Cette année le deuxième congrès a eu lieu à Dresde les 27, 28, 29, 30 et 31 août 1861; on y comptait 12 à 1,300 membres inscrits, et 750 présents.

Quant à la réforme de la procédure civile, le congrès de 1861 fut d'avis que :

1° La procédure doit être principalement orale; 2° des avocats doivent être admis dans toutes les causes; 3° les jugements qui ordonnent une enquête ne doivent pas être susceptibles d'appel; 4° l'appel doit seulement être admis contre le jugement qui statue au fond; 5° il n'est pas nécessaire de spécifier les preuves dans les prétentions des parties.

Depuis ces mémorables résolutions, la réforme de la procédure civile a fait en Bavière un rapide chemin. Le ministre d'État, M. le baron Mulzer, a déposé dans la séance du 31 octobre 1861 de la chambre des députés, un nouveau projet de loi sur la procédure civile qui doit s'étendre à toute la monarchie bavaroise; cette mesure est d'une certaine importance politique, car on n'ignore pas qu'une portion de cet État appelée la Bavière Rhénane, autrefois appartenant à la France, se trouve encore sous la législation de notre procédure française.

Voici quelles étaient les principales dispositions de ce nouveau projet de loi qui s'est sans nul doute inspiré des remarquables travaux de M. Zink, président de chambre à la Cour suprême de Munich, dont nous avons déjà parlé dans la livraison de janvier 1861 [1] et des résolutions des deux congrès des juristes en Allemagne de 1860 et 1861 : « Débat oral de la procédure avec « la discussion directe devant le tribunal. Publicité des discus- « sions sous les réserves que nécessitent l'ordre public et les « égards dus aux particuliers. Suppression de l'intervention judi- « ciaire pourla direction du procès dans le sens du droit commun. « Représentation des parties par des avoués dans la procédure « devant le tribunal. Concours du ministère public pour la protec- « tion des droits de chacun et le maintien des lois. Suppression « de la théorie légale des preuves. Limitation de la preuve par « témoins et par serment. Organisation des voies de recours en « rapport avec les principes de cette nouvelle organisation ju- « diciaire. Exécution directe par la voie des huissiers du tribu- « nal comme organes des parties. Règlement de la distribu- « tion judiciaire par suite de saisie d'après le nouveau système « de procédure [2]. »

C'est la législation française qui triomphe, comme on voit, de l'autre côté du Rhin ; aussi pouvons-nous à juste titre revendiquer le mérite d'avoir des premiers, avec M. le conseiller Bonneville de Marsangy et notre jeune confrère M. Bonneville son fils, encouragé l'œuvre de la réformation de la procédure civile allemande dans le sens de nos Codes français, telle que le conseillait avec une grande sincérité de sentiments l'honorable président de la Cour suprême de Bavière, M. Zink.

La législature bavaroise vient de terminer une partie de ses travaux, et le roi a sanctionné en novembre 1861 toutes les lois discutées et votées par les chambres, savoir : le Code pénal, le Code de police, la loi sur le notariat et sur l'organisation judiciaire, la loi sur l'introduction du Code de commerce allemand et des autres loi d'un intérêt moindre ; cependant le Code

[1] Brochure intitulée : *La justice et les avocats en Bavière et en Allemagne.* (Chez Cotillon, libraire à Paris, 1861.)

[2] V. sur ces diverses réformes, réalisées pour la plupart en Prusse par la législation du 21 juillet 1846, l'*Aperçu sur la réforme de la proc. civ. et crim. en Prusse*, 1847, n^os^ 11 à 14 ; n^os^ 22 à 24, p. 16, 51 et suiv.

(*Note de la Direction.*)

de procédure civile n'est pas encore en mesure d'arriver à la sanction royale.

A cet appel de l'Allemagne sur la réformation de la procédure civile, les législations des autres pays se sont émues; les idées de réforme germent maintenant dans toutes les têtes en Europe.

La Belgique, notre émule en progrès législatifs, se dispose à soumettre également à la révision son Code de procédure civile qui est notre Code français de 1806 déjà amendé en plusieurs parties par la loi de 1854 sur les ventes immobilières forcées, par son nouveau régime hypothécaire de 1851 et par la loi sur les faillites de la même année.

Le discours du roi prononcé récemment à l'ouverture des chambres belges annonce, entre autres projets de loi dont la législature sera saisie dans le cours de la session actuelle, un projet *réglant les questions qui se rattachent à l'organisation judiciaire*. Il est question également d'un autre projet qui réorganiserait le notariat, et le mettrait en rapport avec la nouvelle constitution judiciaire. Or on sait que le notariat, en Belgique, est régi par la loi modèle du 25 ventôse an XI.

Et puisque nous sommes sur le chapitre du notariat, nous ajouterons en terminant que la Bavière est en Allemagne le quatrième pays qui en ces dernières années ait introduit une nouvelle loi notariale; on comptait déjà le Hanovre en 1853, l'Autriche en 1855, la Saxe en 1859.

Il est à présumer que l'on n'en restera pas là; en effet, au premier congrès des juristes qui eut lieu à Berlin en 1860, M. Krieger, avocat à Goldapp, fit une première proposition de projet d'un Code général du notariat pour toute l'Allemagne. Cette motion ne fut pas malheureusement discutée dans l'assemblée générale du *Juristentag*.

Après ce premier essai de 1860, le congrès des notaires de la Prusse Rhénane qui a tenu ses séances à Cologne en septembre 1860 et 1861, sans désespérer de l'unité d'une législation notariale pour toute l'Allemagne, s'est occupé à son tour de la question moins ambitieuse d'un Code du notariat pour toute la Prusse. Il est évident que la question se représentera dans le congrès de 1862, et que la science aura à enregistrer les travaux les plus instructifs pour le notariat.

Voilà bien des questions soulevées pour le moment; elles ne

manqueront pas d'éveiller l'attention de nos officiers ministériels en France. A la vérité, la scène se passe à l'étranger, mais on a vu bien des fois, par de brusques retours, des réformes accomplies dans les pays voisins venir forcer nos frontières et mettre l'opinion publique en mouvement. Il n'y a pas de cordon sanitaire qui puisse arrêter les idées. Dans tous les cas, et quel que soit le sort que l'avenir réserve à notre législation française, rendons encore une fois de plus hommage aux généreuses tentatives de réforme de la législation allemande.

H. BECKER.

ALLEMAGNE.

RÉFORME DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE.

Le projet d'adresse de la chambre des députés badoise contient un paragraphe relatif à la *question de l'Allemagne*, ainsi conçu :

« Nous aussi, nous sommes pénétrés de la conviction que la mission historique de notre nation, sa sécurité et son intérêt comme puissance, commandent absolument une réforme de la constitution allemande, et nous croyons que *cette réforme est de toute urgence, vu la situation du monde.* Une alliance politique seule qui crée un organe constitutionnel *un* pour la protection des frontières et la représentation de la nation à l'étranger, et qui appuie cet organe au moyen d'une représentation nationale, sera en état de défendre efficacement le bon droit de tous. Si le tout concentre ainsi ses forces dans toutes les questions qui touchent à sa sécurité, l'autonomie des différents États sera en même temps sauvegardée et un vaste champ d'activité restera ouvert pour le développement à l'intérieur. Pour toute la nation et pour ses princes on obtiendra de la sorte des résultats satisfaisants, et par là on se trouvera dédommagé des sacrifices qu'une organisation de cette nature impose à tous.

C'est avec une fierté légitime que le peuple badois seconde les nobles efforts de Votre Altesse Royale, en se déclarant prêt

à tous les sacrifices pour aplanir les difficultés existantes. Quels que soient donc les obstacles, les *tentatives patriotiques et magnanimes de Votre Majesté Royale* seront appuyées aujourd'hui et dans la suite par un peuple fidèle et de reconnaissantes sympathies. » (*Journal de Francfort.*)

ERRATA.

Page 428, ligne 30, au lieu de : *interdit*, lisez : *n'interdit pas.*

Lire dans la note, page 471 du numéro de novembre, *Gênes* semble, penchée vers la Méditerranée, avec sa sœur phocéenne, en convoiter *depuis l'époque phocéenne et le commerce et l'empire!*

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation de Toulouse. 66
Action en reprise. V. Droit civil.
Aliénation mentale. V. Droit criminel.
Audience solennelle. V. Droit civil.
Avances du commissionnaire. V. Droit commercial.
Bail. V. Droit civil.
Bibliographie. — De la transcription en matière hypothécaire, par M. Flandin. 175
— Éloge de Turgot, par M. Batbie. 362
— Des obligations solidaires en droit romain, par M. Demangeat. 445
— Les Codes criminels interprétés par la jurisprudence et la doctrine, par M. R. de Villargues. 459
— Revue doctrinale de la jurisprudence de la Cour de cassation, par M. Rivière. 461
— Études sur la législation pénale et la procédure criminelle du canton de Berne, par M. Pfotenhauer. 474
— Cautions des contraignables par corps en matière civile et commerciale, par M. Coin-Delisle. 547
Canton de Berne. V. Bibliographie.
Chronique. 66, 382, 563
Circonstances atténuantes. V. Droit criminel.
Codes criminels. V. Bibliographie.
Codification. V. Législation.
Commissionnaire. V. Droit commercial.
Contraventions. V. Droit criminel.
Droit administratif. — De la suspension des traitements ecclésiastiques ou civils par mesure administrative. 264
Droit civil. — Du nantissement du droit de bail. 1
— De la séparation des patrimoines. 31, 499
— Les arrêts qui prononcent la réhabilitation des faillis doivent-ils être rendus en audience solennelle?. . . . 385

Pages.

Droit civil. — Jusqu'à quel point le propriétaire d'une maison est-il tenu d'en prévenir la ruine?. 193
— De la purge; des acquisitions qui entraînent une purge virtuelle des priviléges et des hypothèques. 275
— Nature de l'action en reprise ou remploi des biens de l'un des époux. 481
Droit commercial. — Du privilége du commissionnaire à raison de ses avances, intérêts et frais. 106
Droit criminel. — Loi du 17 juillet 1849; — Contraventions; — Circonstances atténuantes. 97
— Questions sur la prescription. 161
— La loi sur la police de la chasse et l'inviolabilité du domicile. 352
— L'aliénation mentale est-elle une cause légale d'interruption de l'exécution des peines?. 434
— De la position des questions au jury en matière criminelle. 516
Éloge de Turgot. V. Bibliographie.
Exceptions. V. Procédure civile.
Exécution des peines. V. Droit criminel.
Histoire du droit. — De l'impôt des patentes en droit romain. 512
Hypothèques. V. Droit civil, Législation.
Indissolubilité du mariage. V. Législation.
Inviolabilité du domicile. V Droit criminel.
Jurisprudence de la Cour de cassation. V. Bibliographie.
Jury. V. Droit criminel.
Législation. — Étude sur les priviléges et les hypothèques. . . . 13, 394
— La séparation de corps réformée. 132, 334
— Remarques historiques sur la codification. 149
— De la tentative. 217
— De l'indissolubilité du mariage. 422
Nantissement. V. Droit civil.
Obligations solidaires en droit romain. V. Bibliographie.
Office du juge. V. Procédure civile.
Organisation judiciaire projetée en Italie. V. Partie étrangère.
Partie étrangère. — De la nouvelle organisation judiciaire projetée en Italie. 70
— Précis de l'histoire du droit pénal allemand. . . . 368
— De la nouvelle législation italienne. 464
— Des derniers progrès de la législation commerciale en Italie. 559
Patentes. V. Histoire du droit.
Police de la chasse. V. Droit criminel.
Prescription. V. Droit criminel.
Presse. V. Droit criminel.
Priviléges. V. Droit civil, Législation.
Privilége du commissionnaire. V. Droit commercial.
Procédure civile. — De l'office du juge en matière d'exceptions. . . . 311

Pages.

Propriétaire d'une maison. V. Droit civil.
Purge. V. Droit civil.
Questions. V. Droit criminel.
Réhabilitation des faillis. V. Droit civil.
Remploi. V. Droit civil.
Reprise. V. Droit civil.
Séparation de corps. V. Législation.
Séparation des patrimoines. V. Droit civil.
Suspension des traitements. V. Droit administratif.
Tentative. V. Législation.
Transcription. V. Bibliographie.

TABLE DES ARTICLES
PAR NOMS DES AUTEURS.

ANCELOT : Bibliographie. — De la transcription en matière hypothécaire, par M. Flandin. 175
BAZOT : De la position des questions au jury en matière criminelle. . 516
BECKER : Chronique. 563
BERGSON : De la nouvelle législation italienne; traduction. 464
— Bibliographie. — Études sur la législation pénale et la procédure criminelle du canton de Berne, par M. Pfotenhauer. . 474
— Des derniers progrès de la législation commerciale en Italie; traduction. 553
P. BERNARD : La séparation de corps réformée. 132
— Suite. 334
F. BERRIAT-SAINT-PRIX : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 193
BERTAULD : De l'indissolubilité du mariage. 422
— Bibliographie. — Cautions des contraignables par corps en matière civile et commerciable, par M. Coin-Delisle. 547

Pages.

L. BONNEVILLE : Précis de l'histoire du droit pénal allemand; traduction. 368
BONNIER : Bibliographie. — Revue doctrinale de la jurisprudence de la Cour de cassation, par M. Rivière. 461
A. DESJARDINS : La loi sur la police de la chasse et l'inviolabilité du domicile. 352
DOLLINGER : De la séparation des patrimoines. 31
— Suite. 499
DOMENGET : Du privilége du commissionnaire à raison de ses avances, intérêts et frais. 106
DUMOLARD : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile . 1
FRÉMY-LIGNEVILLE : De la nouvelle organisation judiciaire projetée en Italie. 70
F. HÉLIE : Bibliographie. — Les Codes criminels interprétés par la jurisprudence et la doctrine, par M. Rolland de Villargues. . 459
KRUG-BASSE : De l'office du juge en matière d'exceptions. 311
LABBÉ : De la purge. 275
A. LABROQUÈRE : Questions sur la prescription. 161
LACOINTA : De la tentative; traduction. 217
LEVITA : Précis de l'histoire du droit pénal allemand. 368
MALAPERT : Remarques historiques sur la codification. 149
MITTERMAIER : Des derniers progrès de la législation commerciale en Italie. 553
DE NEYREMAND : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile 385
N. NICOLINI : De la tentative. 217
PINELLI : De la nouvelle législation italienne. 464
PAUL PONT : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 481
REVERCHON : De la suspension des traitements ecclésiastiques ou civils par mesure administrative. 264
G. ROUSSET : L'aliénation mentale est-elle une cause légale d'interruption de l'exécution des peines ?. 434
SERRIGNY : De l'impôt des patentes en droit romain. 512
SÉVIN : Étude sur les priviléges et les hypothèques. 13
— Suite. 394
VALETTE : Bibliographie. — Des obligations solidaires en droit romain, par M. Demangeat. 445
A. VENTE : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de presse. 97

Exc, E,H,R

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, 26, rue Racine.